

CONCEPTO DE POTESTAD ORDINARIA Y DELEGADA

SUMARIO: I. En el Derecho romano.—II. En el Derecho español.—III. En el Derecho de las Decretales.—IV. En los decretalistas.—V. En el Código de Derecho Canónico. Potestad ordinaria principal y ordinaria subordinada. Carácter de la jurisdicción que los Obispos ejercen sobre los exentos. La delegación "a iure". Sentencia favorable a su admisión en el Código. Sentencia negativa.

El concepto de *potestad* es tan amplio como el concepto mismo de derecho, porque la potestad es la causa originaria y eficiente del derecho. La potestad reside en la *persona* y es uno de sus más nobles atributos, puesto que mediante ella la persona puede ordenar autoritariamente los medios al fin, sea éste el común o social, si la potestad es pública, sea el particular o individual a cuya consecución se dirige la potestad privada o dominativa. Por esta causa el Código de Derecho Canónico trata de la potestad en el libro II, que lleva por título *De personis*; y como el Código se ocupa principalmente de la potestad *jurisdiccional* o pública, de la que según ley ordinaria, únicamente son capaces los clérigos, el título *De potestate ordinaria et delegata* forma parte del tratado general de los clérigos.

Aunque el presente estudio ofrece un aspecto meramente especulativo o conceptual, como su mismo enunciado indica, sin embargo, la teoría en Derecho debe siempre tender al fin del Derecho, que es la práctica, o sea el ordenamiento de los actos humanos en conformidad con la ley para la consecución del fin individual y social, que, en último término, no es otro que la *salus animarum*. Esta transcendencia práctica, característica de la ciencia jurídica, alcanza perspectivas más dilatadas cuando el concepto que se analiza es el de potestad; puesto que sin potestad no hay acto jurídico, y la legitimidad del acto depende no pocas veces de la misma naturaleza específica de la potestad. Es manifiesto, por ejemplo, que no todo lo que puede el Superior ordinario lo puede el delegado, ni la posición de éste goza de la autonomía y estabilidad que competen al Superior dotado de potestad ordinaria. Nuestro intento al presente no es dilucidar el concepto de *potestad*, aunque a él incidental-

mente y de pasada tengamos que referirnos más de una vez, sino el de su distinción en *ordinaria* y *delegada*, que es la distinción más importante y la que directamente menciona nuestro Código. La oscuridad que envuelve esta distinción, tanto en su origen y desarrollo como en su mismo concepto formal, justifica el que la hagamos objeto de un estudio algo detenido y razonado. No es la primera vez que, antes y después del Código, los canonistas y civilistas han abordado directamente este complicado tema, sobre todo bajo algunos aspectos parciales; pero la exploración no está aún acabada y los reiterados esfuerzos pueden contribuir todavía al mejor esclarecimiento de esta cuestión fundamental, máxime si, como ahora nos proponemos, la exploración se realiza en campos distintos, pero en los cuales se ha infiltrado la misma corriente. Nuestro propósito, al abarcar rápidamente, con mirada histórica, toda la dimensión del tema, es demasiado ambicioso, ciertamente, por lo cual no intentamos realizarlo en forma exhaustiva, sino más bien sintética y panorámica, aprovechando algunos trabajos ya adelantados por quienes dedicaron una atención especial al planteamiento y solución del problema que ahora nos ocupa.

I. EN EL DERECHO ROMANO

En ninguna de las obras que forman el *Corpus Iuris Civilis* del Emperador JUSTINIANO se halla un título en el que expresamente se trate de la potestad *ordinaria* y *delegada*, ni estos mismos calificativos, aplicados a la potestad en sentido contrapuesto o como miembros de una misma división, aparecen en las fuentes romanas. Posteriormente, los tratadistas de Derecho romano hablan con frecuencia de potestad *ordinaria*, pero en sentido diferente del actual y sin contraponerla a la *delegada*. ¿Quiere esto decir que el Derecho romano desconociese conceptos tan primordiales o que se halle rota en este punto la cadena que enlaza la actual ciencia jurídica con la que elaboraron sus geniales creadores, los jurisconsultos de Roma? Ninguno de estos dos supuestos es admisible, conforme brevemente lo vamos a demostrar, recopilando una doctrina bastante difusa y oscura de los antiguos jurisconsultos y tratadistas. No entramos en el escabroso y ya muchas veces asendereado campo de las disquisiciones sobre los conceptos romanos de potestad, imperio y jurisdicción, porque nuestra investigación al presente se circunscribe a los dos conceptos adjetivos ya expresados de potestad *ordinaria* y *delegada*, los cuales se aplican indistintamente a cualquier clase de potestad.

Múltiples son las clasificaciones de la potestad en el Derecho romano, mas ahora sólo nos interesan dos, que son las que en línea ascendente pueden ofrecer pruebas más claras de parentesco con la división canónica de la potestad que ahora estudiamos. Esta doble división romana a que nos referimos es la de potestad *ordinaria* y *extraordinaria* y la potestad *propia* y *mandada* o *vicaria*. La nomenclatura ha sido inventada por los comentaristas, pero su sentido brota directamente de las fuentes romanas.

A) *Potestad ordinaria y extraordinaria* —Existía en Derecho romano una potestad que se obtenía *iure magistratus et more maiorum* (1). Esta especie de potestad o jurisdicción fué llamada por los comentaristas potestad *ordinaria* (2). Se entendía adquirida *iure magistratus et more maiorum* aquella potestad que en principio el pueblo romano había vinculado a la dignidad de magistrado y por lo mismo ya, naturalmente, formaba parte esencial del mismo oficio. Idéntica categoría de potestad *ordinaria* alcanzaron después aquellos derechos y obligaciones que, en el transcurso del tiempo, se habían superpuesto al oficio de magistrado, modificándolo, con tal que hubieran sido sancionados por el consentimiento tácito del pueblo. Otras veces la potestad era *otorgada especialmente* al magistrado por ley, senadoconsulto o constitución del Príncipe (3). Esta clase de potestad fué denominada *extraordinaria* o *legítima* por los comentaristas (4). La potestad *ordinaria* o adquirida *iure magistratus* podía delegarse: «*quae vero iure magistratus competunt mandari possunt*», dice PAPIANUS en el fragmento del *Digesto* que acabamos de citar. Esta es una de las diferencias más notables entre la facultad ordinaria y la extraordinaria o especialmente concedida. Ahora preguntamos: ¿Puede hallarse en esta distinción romana de conceptos el origen de la división canónica de la potestad en *ordinaria* y *delegada*? A esto respondemos que sólo parcialmente coincide la división canónica con la expresada división romana. En efecto, la potestad romana adquirida *iure magistratus et more maiorum* cae dentro del concepto de potestad *ordinaria*; pero el ámbito de esta última es sin comparación más extenso, ya que puede también comprender, sin forzar los conceptos y siempre que se cumplan las demás condiciones requeridas, todo cuanto se contenía en la potestad romana *extraordinaria, especialmente otor-*

(1) *Dig.*, Fr. I, l. I, tit. 21.

(2) J. VOET: *Commentarium ad Pandectas* (ed. 4.^a, Hage Comitum, a. 1723), *De iurisdictione*, l. II, tit. 1, n. 6.

(3) Fr. I, l. I, tit. 21 del *Dig.*

(4) Cfr. VOET, l. c.

gada, según la expresión usada por PAPIANO. Sólo por faltar a la jurisdicción romana *extraordinaria* alguna condición diversa de su origen legal; es decir, por no ir *aneja* a un verdadero *oficio*, dejaría esta forma de jurisdicción de equivaler a nuestra potestad ordinaria, y aun entonces no sería del todo sinónima de la potestad canónica *delegada*, sino tan sólo de la delegada *a iure*, no *ab homine*. Reiteramos nuestra afirmación precedente de que la mencionada distinción romana de la potestad sólo parcialmente nos descubre el origen de la actual clasificación canónica. Aun en el mismo Derecho romano la jurisdicción *iure magistratus* y la *specialiter tributa* fueron poco a poco equiparándose por obra de los comentadores hasta ser ambas consideradas como una sola potestad *ordinaria*, por cuanto que también la jurisdicción *especial* era concedida mediante ley en razón de un oficio, aunque sin formar parte de él.

B) *Potestad propia y delegada o vicaria*.—Los textos romanos hablan además de jurisdicción *suo iure* y de jurisdicción *alieno beneficio* (5). La última es llamada también en los textos, con mucha frecuencia, jurisdicción *mandada* (6). A veces se habla expresamente de jurisdicción o ejecución delegada, aunque con sentido poco determinado (7). En algunos textos o fragmentos se afirma que la jurisdicción que se tiene *alieno beneficio* o por mandato de otro *no es propia* (8). De aquí concluyeron los antiguos comentaristas que la jurisdicción poseída «*suo iure*» es *propia* (9). A la contraria de ésta, o sea, la que se tiene *alieno beneficio*, la denominaron *delegada* o *vicaria* (10).

La división romana de la potestad en jurisdicción *suo iure* y *alieno beneficio*, aunque en la terminología no coincide con la división canónica de la potestad en *ordinaria* y *delegada*, en realidad se asemejan tanto, que bien puede considerarse la primera como antecedente remoto, pero directo, de nuestra división. Una diferencia, sin embargo, debemos anotar, y es que la jurisdicción concedida especialmente por ley, senadoconsulto o constitución, no se consideraba en Derecho romano como *suo iure*, equivalente a *iure magistratus*, y por esta causa, según

(5) JULIANO: *Dig.*, L. 5, l. II, tit. I.

(6) *Dig.*, l. I, tit. 16, en varios fragmentos; l. I, tit. 21; l. II, tit. 1, etc.

(7) *Dig.*, L. I, l. I, tit. 21.

(8) *Dig.*, L. I, § I, l. I, tit. 21.

(9) T. PAURMESTERUS A KOCHSTET: *De iurisdictione Imperii Romani*, ed. 2, l. I, c. 12, n. 2 (Francofurti ad M., a. 1616), llama a la jurisdicción PROPIA también *principal*. Pero otros autores rechazan esta denominación de PRINCIPAL cuando se opone a la *mandada*, porque la JURISDICCIÓN es la misma y, por consiguiente, tan principal en el mandante como en el vicario.

(10) J. VOET: *Commentarium ad Pandectas, De iurisdictione*, l. II, tit. 1, n. 7.

ya dijimos, no podía mandarse o transferirse a otro (11); mientras que en Derecho canónico, supuestas las demás condiciones, es jurisdicción ordinaria y capaz de delegación. ¿Luego la jurisdicción romana concedida por ley o en forma semejante debe clasificarse como mandada o *alieno beneficio*? La respuesta habría de ser afirmativa, si nos atenemos sólo a la expresión literal del fragmento I, libro I, título 21 del *Digesto*, donde se dice: «Et ideo videntur errare Magistratus, qui cum publici iudicii habeant exercitionem lege vel senatu consulto delegatam...iurisdictionem suam mandant.» Pero debe observarse que el término *delegatam* aquí parece simplemente sinónimo de *tributam*, puesto que hace alusión a las palabras que anteceden: *lege tribuuntur*, y por lo mismo de este texto nada puede colegirse. La figura de la potestad concedida *por ley especial*, senadoconsulto o constitución aparece en Derecho romano muy borrosa y confusa, como balanceándose entre las llamadas *suo iure* y *alieno beneficio*. Creemos, sin embargo, que, de hecho, para los efectos jurídicos, la potestad *legítima* debe equipararse a la potestad *mandada*, si bien la jurisdicción *alieno beneficio* o mandada comúnmente se entendía que era la dada por comisión particular de otro, en cuyo nombre se ejercía, por lo cual se llamó después *vicaria*. No han faltado autores que ante la dificultad, o mejor, imposibilidad de reducir la potestad legítima a la propia o *suo iure* y ante la incertidumbre de poder clasificarla como delegada o *alieno beneficio*, han preferido considerarla como intermedia entre las dos, formando así una división trimembre. Los comentaristas posteriores transvasaron el contenido de la división romana, incluyendo en la jurisdicción que llamaron *propia* y que quisieron fundamentar en la romana *suo iure* no sólo la obtenida por derecho de magistratura, en el sentido primitivo y genuino de la palabra, sino también la otorgada por ley. Así, la jurisdicción *propia* o *suo iure*, como sucedió paulatinamente con la *iure magistratus*, vino ya a coincidir plenamente con nuestra jurisdicción *ordinaria*, salvo los casos excepcionales en los que la jurisdicción, no obstante de ser dada por ley, se considera canónicamente por la mayoría de los autores como delegada *a iure*. En confirmación de lo dicho podemos citar las siguientes palabras de VoET: «Propriam appello quam quis habet suo nomine, non alieno beneficio; sive eam iure magistratus sive ex speciali legis, senatusconsulti aut constitutionis concessione exercent» (12).

(11) *Dig.*, L. 1, l. 1, tit. 21; L. 5, l. II, tit. 1.

(12) VoET, l. c., l. II, tit. I, n. 7.

La segunda forma de la jurisdicción romana, dentro de la división que ahora estudiamos, es decir, la jurisdicción *alieno beneficio* o *mandada*, equivale, entitativa y sustancialmente, a nuestra potestad *delegada*, que de ordinario, en el Derecho canónico como en el romano, es la delegada *ab homine*, aunque también, a veces, la delegación se conceda por ministerio de la misma ley. La identidad sustancial entre la antigua jurisdicción mandada y nuestra moderna jurisdicción delegada está en que ninguna de ellas va aneja al oficio y formando parte de él, y, por ende, ninguna de ellas es propia de quien posee el oficio, aunque lo posea como verdadero titular. La potestad delegada es siempre algo prestado, sea por acto particular del Superior, sea por la misma ley. Otra cosa bien distinta es la consideración de las cualidades accesorias que acompañan a la delegación. Bajo este respecto sí que podemos señalar numerosas e importantes diferencias entre la delegación romana y la canónica (13); pero esto no hace por ahora a nuestro intento, que se circunscribe a buscar el origen de la división canónica de la potestad jurisdiccional. Después de lo dicho, podemos con toda certeza afirmar que la división canónica de la potestad en ordinaria y delegada se halla directa e íntimamente entroncada con la división romana de la jurisdicción en *suo iure* y *alieno beneficio*, y que, además, conserva, con leves variantes, su mismo significado. Sólo interesa advertir, para apreciar la causa y alcance de las variantes introducidas, que actualmente la jurisdicción canónica, otorgada *especialmente por ley*, suele ir *aneja al oficio*, y por esta causa es generalmente—según algunos, siempre—ordinaria, al contrario de lo que sucedía en Derecho romano. De aquí deriva una consecuencia digna de tenerse en cuenta, y es ésta: que si bien nuestra división de la potestad, conceptualmente, coincide en todo con la romana, tal como se halla en las fuentes (*iure magistratus* o *suo iure* = *vi officii*; *lege speciali* y *alieno beneficio* = *per commissionem* o *per delegationem*); sin embargo, de hecho, la división canónica, atendido su objeto o su encuadramiento en las divisiones que lo contienen, coincide más plena y adecuadamente con la división en potestad *propia* y *delegada* o *vicaria*, tal como esta división fué entendida por los comentaristas del Derecho romano y del Derecho común, al clasificar la jurisdicción concedida especialmente por ley dentro de la jurisdicción ordinaria.

Llevando nuestra investigación del concepto de potestad ordinaria y delegada a su misma expresión *terminológica*, debemos afirmar que

(13) Cfr. MAROTO, C. M. F.: *Institutiones Iuris Can.* (Madrid, 1918), t. I, n. 704, nota 2, B.

la actual nomenclatura no es originariamente romana, en cuanto destinada a expresar diversas formas de jurisdicción. Ya hemos visto cómo se habló, por los comentaristas del Derecho romano, de jurisdicción *ordinaria* y *extraordinaria*. Con más frecuencia y con anterioridad se habló de jueces *ordinarios* y *delegados*, en sentido muy diverso e impropio, que por ahora no nos interesa averiguar, porque de lo que ahora tratamos es únicamente de la fórmula verbal. La clasificación de los jueces en *ordinarios* y *delegados* fué ya conocida en el Derecho de JUSTINIANO, y precisamente de esta distinción se cree con fundamento que nació la denominación de la potestad o jurisdicción en ordinaria y delegada. Esta distinción, con los mismos términos actuales, la encontramos en el SPECULATOR, quien se expresa así: «Ordinaria dicitur iurisdictio quae generaliter se extendit ad omnes causas in solo territorio. Delegata est quae a principe demandatur specialiter ad unam vel plures causas» (14). Otros autores entendían la potestad ordinaria y delegada en muy diverso sentido, aproximándose algunos de ellos a las nociones actuales.

II. EN EL DERECHO ESPAÑOL

La figura de la potestad *delegada* o *mandada*, que tan extensa aplicación alcanzó en el Derecho romano y que tan cuidadosamente fué regulada, sobre todo en su transmisión y apelabilidad, por los juriscónsultos de la época clásica, fué decayendo y desdibujándose, al pasar a los Derechos patrios, a medida que éstos se alejaban de su fuente o punto de partida, el mismo Derecho romano. La causa del poco favor, mejor diríamos oposición, que el Derecho civil y aun la doctrina han ido manifestando, cada día con mayor insistencia, hacia la delegación de la potestad ordinaria o propia, se explica fácilmente. La causa original no es otra que el absolutismo de la ley, que se pretende lo prevea todo y lo ordene todo, dejando el minimum de margen y arbitrio no sólo a los simples súbditos, sino también a los depositarios y ejecutores de la ley. Esta tendencia, que se ha llevado hasta el campo de la interpretación del Derecho, por su naturaleza incircunscrible, no podía menos de concluir por eliminar, como así ha sucedido, del ámbito del Derecho subjetivo y discrecional una facultad tan privativa como es la de transferir a otro el poder que la misma ley primeramente ha con-

(14) GUILIEMUS DURAND (Speculator): *Speculum iuris* (Venetiis, 1577), l. I, part. I, *De iurisdictione omnium iudicum*, p. 134.

ferido. De esta manera la voluntad del Derecho parece que sale mejor garantizada, pero las necesidades particulares quedan frecuentemente peor servidas. El absolutismo de la ley ha invadido también el *Derecho español*. Por esta causa se ha ido eliminando gradualmente de las leyes patrias la facultad de delegar, a medida que en ellas se iba perdiendo el influjo del Derecho romano. Las *Partidas*, monumento insigne de sabiduría y de equidad, donde tan vivo alienta el espíritu romano y canónico, conservan el poder de delegación, principalmente en el orden contencioso, y así hablan varias veces de jueces *ordinarios* y jueces *delegados*. Plácenos citar aquí unas palabras de la Partida III, título IV, ley 1.^a Después de enumerar varias clases de jueces, empezando por los que juzgan en la corte del Rey, que son, dice la ley, los más honrados, añade: «E todos estos jueces que habemos dicho, llámanlos en latín *ordinarios*, que muestra tanto como homes que son puestos ordenadamente, para facer su oficio sobre aquellos que han de judgar, cada unos en los logares que tienen. Otra manera hi ha aún de jueces, a que llaman delegados, que quiere tanto decir como homes que han poderío de judgar algunos pleytos señalados según les manden los reyes o los adelantados o los otros jueces ordinarios.» También en otros lugares se habla de los jueces ordinarios y delegados, v. gr., en las leyes 17-22 de la misma Partida III, título IV.

En los cuerpos legislativos posteriores apenas hay vestigio alguno de la potestad *delegada*, y en la *Novísima Recopilación* ha desaparecido por completo, reemplazándose el principio de la delegación por la determinación más concreta de los diversos jueces ordinarios que tienen poder de juzgar según la categoría del objeto y de las personas. El mismo criterio preside en la ley de Enjuiciamiento Civil. Esta doctrina se aplica igualmente al ejercicio de la función administrativa. En el Código Civil sólo se hace mención de la *facultad de delegar* al hablar del cargo de albacea (art. 909), donde, como es manifiesto, no se trata del poder jurisdiccional, sino de la potestad privada inherente al Derecho de propiedad, que corresponde al testador y se ejerce en nombre suyo.

Modernamente, aun el término de potestad *ordinaria* ha cambiado de significación. En la actualidad la potestad *ordinaria* del Derecho civil es equivalente a la potestad que en Derecho canónico llamaríamos *común*, en contraposición a las jurisdicciones *especiales*, que todavía perduran en ambos Derechos, porque en determinados casos son realmente necesarias, pero que, fuera de estos casos, tienden a extinguirse mediante la unificación de los fueros y demás órganos jurisdiccionales. El

concepto clásico de la jurisdicción *ordinaria*, que, como después veremos, es el que ha pasado a la moderna legislación canónica, halla su expresión más parecida en la potestad civil llamada *propia*, que es la que se tiene en razón de un cargo legalmente constituido y conferido. Sin embargo, entre esta potestad civil *propia* y la clásica potestad *ordinaria* no existe ecuación perfecta, porque la última incluye la potestad *vicaria*, que el Derecho civil español, siguiendo la doctrina hoy corriente, rechaza en absoluto, o mejor diríamos, simplemente desconoce.

III. EN EL DERECHO DE LAS DECRETALES

En el Derecho de las *Decretales* hallamos dos términos que actualmente suelen considerarse por nuestro Código como sinónimos, aunque estrictamente no lo sean: los términos de *potestad* (15) y de *jurisdicción*. Si la potestad se entiende en un sentido integral, puede ser *pública* y *privada*, y entonces se diferencia de la *jurisdicción*, que siempre es pública. Pero, como quiera que en Derecho se trata casi siempre de la potestad *pública*, al hablar simplemente de potestad se entiende ésta, viniendo, por lo tanto, a ser términos equivalentes los de potestad y de jurisdicción. No así en el Derecho civil ni en el Derecho de las *Decretales*. En uno y en otro el término *jurisdicción* tiene dentro del ámbito de la potestad pública un significado restringido, que es el que expresa su misma etimología: *iuris dictio*, *potestas iuris dicendi*, facultad de sentenciar si una cosa es Derecho, si está o no conforme con él. Es decir, que la jurisdicción, tanto en el Derecho civil como en el de las *Decretales*, comprende tan sólo la potestad *judicial*. En confirmación de lo dicho pueden verse los textos siguientes, escogidos al azar: *Decretales de Gregorio IX*: capítulo 38, libro I, título 29; capítulo 10, libro I, título 30; capítulo 18, libro I, título 31. *Libro VI de Bonifacio VIII*: capítulo 14, libro I, título 14; capítulo 7, libro I, título 16. Sin embargo, alguna vez la palabra *jurisdicción* se toma en sentido general, como en el capítulo 1, libro I, título 13, *in VI*.

Cuando las *Decretales* intentan referirse a la potestad que en Derecho canónico se llama *voluntaria* o *no judicial* (canon 201, § 3), emplean el término genérico de *potestad* (16). Baste citar el extenso título 6º del libro I de las *Decretales de Gregorio IX*; este título lleva como epígrafe:

(15) Al presente no hablamos de la potestad de *orden*, sino únicamente de la de *régimen*.

(16) Sabido es que en Derecho civil la jurisdicción o potestad judicial se divide en *voluntaria* y *contenciosa*; prescindimos ahora de esta nomenclatura, ateniéndonos tan sólo a la canónica usualmente admitida.

De electione et electi potestate. A esto podría oponerse el título 29 de las *Decretales de Gregorio IX*, que va encabezado por esta inscripción: *De officio et potestate iudicis delegati*. Pero debe observarse que aquí la *potestas* significa el conjunto de facultades que competen al juez delegado, sean éstas atribuciones propiamente judiciales o no lo sean. Cuando en este mismo título se habla de la potestad judicial, vuelve a usarse el término *jurisdicción*, v. gr., en el capítulo 9, en el 11 y en el 19. Fueron los decretalistas quienes, abandonando el sentido etimológico y más genuinamente romano del término «jurisdicción», introdujeron en Derecho el concepto teológico de la misma, ampliando así su significación y dando un valor equivalente a los términos de potestad pública y de jurisdicción, descontada la potestad de orden también pública. Esta nueva acepción es la que llegó a prevalecer y la que perdura en el nuevo Derecho canónico.

El objeto de este estudio es averiguar en las principales etapas de la Historia del Derecho, el concepto genérico de la potestad jurisdiccional canónica—no sólo el de la potestad judicial—en su más importante división de potestad *ordinaria* y *delegada*. Por esta causa, prescindimos también en nuestra investigación sobre el Derecho de las *Decretales*, como lo hicimos al referirnos al Derecho romano, del concepto mismo de potestad pública o jurisdiccional, fijándonos directamente y por separado en cada uno de los miembros de la división indicada. Las *Decretales* hablan preferentemente de potestad judicial, llamada jurisdicción, y a ella suelen aplicar la distinción de potestad ordinaria y delegada; pero la distinción vale lo mismo para la potestad judicial que para la no judicial.

A) *La potestad ordinaria*

Las *Decretales de Gregorio IX*, como el *Libro VI de Bonifacio VIII* y las *Clementinas*, hablan indistintamente de la potestad del Vicario, del Delegado y del Ordinario. Por lo cual no aparece claro si la *potestas vicaria* es considerada como una subespecie de la potestad ordinaria o de la delegada, o bien como una especie intermedia.

Prescindiendo ahora de la doctrina de los decretalistas y ateniéndonos tan sólo al *texto* de las *Decretales*, podemos afirmar que la potestad del *Vicario*, sea éste el *general*, que goza de autoridad gubernativa, sea el *judicial* llamado *oficial*, coincide con la potestad del *Ordinario* en cuanto que ambas dimanen de un oficio eclesiástico y por lo mismo son

objetivamente perpetuas. En corroboración de estas afirmaciones pueden alegarse varios textos. Primeramente, las *Decretales de Gregorio IX* (l. I, tít. 28) hablan repetidas veces de las *Vicarias* como de oficios eclesiásticos permanentemente constituídos, y a los mismos Vicarios se les llama Ordinarios y perpetuos. Hacen muy al caso para lo que ahora intentamos demostrar las siguientes palabras del *Libro VI de Bonifacio VIII* (c. 2, l. I, tít. 13): «*Licet in officialem Episcopi per commissionem officii generaliter factam*», donde ya explícitamente se dice que el cargo de Vicario judicial es un oficio que se confiere en forma general. Mas no sólo por dimanar de un verdadero oficio—concepto esencial de la potestad ordinaria—, sino también por su misma naturaleza debe estimarse como ordinaria la potestad del *Vicario*, y aun debe considerarse su potestad como sustancialmente idéntica a la del Obispo: es la misma potestad ejercida por dos personas, en virtud de dos oficios distintos, de los que uno tiene por fin ayudar y sustituir al otro. Por esta finalidad complementaria y sustitutiva del *Vicario*, dijeron posteriormente los comentaristas que el Obispo y su *Vicario General* constituían un mismo tribunal, lugar y oficio, a diferencia del delegado. Más adelante aclararemos esta idea. La naturaleza misma del oficio de *Vicario* es causa de que se prohíba apelar del Oficial o *Vicario judicial* a su Obispo, no obstante la costumbre en contrario: «*ne ab eodem ad seipsum (cum sit idem auditorium utriusque) appellatio interposita videatur*» (c. 2, l. I, tít. 4, *in VI*). Finalmente, de las mismas *Decretales* puede deducirse un argumento de analogía a favor del carácter de potestad ordinaria que se reconoce al *Vicario del Obispo*. La analogía está tomada del *Legado del Romano Pontífice*, que es su *Vicario*. La potestad del *Legado Apostólico* es ordinaria y Ordinarios se llama a los mismos *Legados* (c. 2, l. I, tít. 15, *in VI*); luego el mismo carácter debe atribuirse al *Vicario episcopal*. Sin embargo, debemos advertir que este argumento de analogía no es del todo firme y concluyente en favor de lo que se intenta demostrar, puesto que hay también autores de gran autoridad que afirman ser delegada la misma potestad del *Legado Apostólico*, y en algunos casos ciertamente lo es. No obstante lo dicho, como después veremos, la cuestión acerca de la naturaleza de la potestad del *Vicario* llegó a ser más tarde y por largo tiempo una de las más vivamente agitadas entre los decretalistas.

Pero, aunque fundamental y genéricamente (siempre según las *Decretales*, que es el punto de vista en el momento presente de nuestro estudio) la potestad del *Vicario* coincide y aun es sustancialmente la misma que la del *Ordinario*, los textos legales nos permiten apreciar

importantes diferencias entre ambas clases de potestad. En las *Decretales* se llama *Ordinario* a aquel que no sólo posee la jurisdicción en razón de su oficio, sino que además la posee y ejerce en nombre propio, como cosa del todo propia, mientras que el *Vicario* tiene la potestad por razón de su oficio—y en este sentido la potestad es propia de él—, pero la tiene y ejerce a nombre y en sustitución de otro, a quien primaria y eminentemente pertenece; por lo cual la potestad del Vicario es menos propia y autónoma que la del Ordinario, o, como enseñan BARBOSA (17) y SÁNCHEZ (18), el uso de la potestad vicaria no es *principal*, sino *accesorio*. Esta primera y radical diferencia es a su vez causa de varias otras. Así, el Vicario, por su mismo carácter y representación, no puede gozar de estabilidad *subjectiva*, aunque el oficio en sí mismo sea estable, sino que es amovible a voluntad del Ordinario, siempre que exista una causa justa. Esta especial amovilidad del Vicario aparece, por ejemplo, en los capítulos 1 y 3 del libro I, título 18 de las *Decretales de Gregorio IX*, y puede darse aunque se trate del Vicario episcopal llamado perpetuo. Lo dicho acerca de la naturaleza de la potestad del Vicario explica y justifica también que sus atribuciones, no obstante ser una misma la potestad de él y la del Ordinario, sean más restringidas, bien por la ley misma, bien por el representado, que las del Ordinario. El Vicario no puede, en virtud de su oficio, es decir, salvo comisión especial, inquirir, corregir, castigar los abusos o remover del oficio. Tampoco puede, sin mandato especial, conferir beneficios (19).

De cuanto llevamos expuesto podemos ya concluir que, si bien las *Decretales*, dado su carácter práctico, no determinan si la potestad *vicaria* cae dentro del concepto genérico de potestad *ordinaria*, suministran argumentos firmes para apoyar la sentencia de los comentaristas, quienes juzgaron más comúnmente que la potestad ordinaria, en el Derecho de las *Decretales*, abarcaba dos especies: la potestad propia y la vicaria. Estas dos especies tienen de común el ir anejas a un oficio y tienen de particular, cada una de ellas, el ser principal y enteramente propia la primera, y subordinada, a la vez que representativa, la segunda. Pretender adscribir la potestad *vicaria* a la *delegada*, juzgándolas como modalidades dentro de una misma especie, carece de base doctrinal y no halla fundamentación suficiente en el texto de las *Decretales*, aunque la opinión de los comentaristas, como después veremos, no estuvo acor-

(17) BARBOSA: *De potestate Episcopi*, alleg. 54, n. 25.

(18) SÁNCHEZ: *De matrimonio*, t. III, *disputatio* 29, q. 1, n. 13.

(19) Cap. 2 y 3, l. I, tit. 13, in VI.

de sobre este punto. Ciertamente que ambas se ejercen a nombre de otro, pero la vicaria va permanentemente aneja a un oficio, o mejor, constituye un oficio, mientras que la delegada no forma parte del oficio, sino que acompaña a la persona. El concepto de la potestad delegada en las *Decretales* merece un examen más detenido, y es lo que ahora vamos a intentar.

B) La potestad delegada

Los textos de las *Decretales* no ofrecen ninguna definición de la potestad delegada, pero de ellos podemos fácilmente deducir sus caracteres diferenciales. Nota esencial de la potestad *delegada* es su concepto de *representación*, por la cual el delegado sustituye y hace las veces del delegante. «*Iudex a nobis delegatus—dice ALEJANDRO III—vices nostras gerit*» (20). En este punto convienen entre sí la potestad delegada y la vicaria. Para que resalte la diferencia principal entre estas dos formas de potestad, nos importa conocer bajo qué concepto o título se entendía concedida en las *Decretales* la potestad delegada. Este concepto lo vemos desligado de la idea de *oficio* e implica siempre, por el contrario, la idea de *comisión personal*, que generalmente es transitoria, pero puede ser también permanente. «*Quae tibi ex nostra delegatione committitur*», dice ALEJANDRO III (21). De la misma forma se expresa INOCENCIO III: «*Quae alicui ex Apostolica delegatione committitur*» (22). Tanto la idea de *representación* como la de *comisión personal* aparecen claramente en las siguientes palabras del *Libro VI de Bonifacio VIII*: «*Quamvis alicui vices tuas in causa tibi a Sede Apostolica delegata in totum commississe noscaris*» (23).

Clases de potestad delegada.—No dirigiremos nuestra mirada al examen de las diferencias y afinidades que pueden existir entre potestad *dada*, *mandada* y *delegada*. Esta cuestión, que daría materia para un sutil análisis en el Derecho romano, carece de interés en el de las *Decretales*, en las que se conservan, es verdad, los referidos términos, pero sólo como vestigios de antiguas diferencias que en las *Decretales* están ya superadas y uniformadas. Ciertamente que algunos decretalistas, como GONZÁLEZ TÉLLEZ (24), se entretienen todavía en perfilar y diferenciar tales conceptos, pero ello obedece más al afán de incorporar la doctrina

(20) *Decret. Greg. IX*, c. 11, l. I, tit. 29.

(21) *Decret. Greg. IX*, c. 18, l. I, tit. 29.

(22) *Decret. Greg. IX*, c. 27, l. II, tit. 29.

(23) Cap. 6, l. I, tit. 14, in VI.

(24) GONZÁLEZ TÉLLEZ: *Commentaria in 5 libros Decretal.*, in l. I, tit. 29, c. 1, n. 14.

romana a la canónica que al fundamento objetivo que puedan suministrar las mismas *Decretales*. Aparte de estas tres formas históricas de potestad, sólo nominalmente conservadas en el *Corpus Iuris Canonici*, el texto de las *Decretales* nos sugiere otras divisiones, que no se deben pasar por alto, si queremos poner bien de manifiesto la honda raigambre que el *Codex Iuris Canonici* tiene sobre la materia de nuestro estudio en la antigua legislación canónica. En los sendos títulos que las *Decretales de Gregorio IX*, el *Libro VI de Bonifacio VIII* y las *Clementinas* dedican al *oficio y potestad del juez delegado* (25) se hace referencia más de una vez a la delegación *ad universalitatem causarum* o *in totum*, en oposición a la especial o singular; de la delegación y subdelegación se trata insistentemente, sobre todo cuando el delegado es papal, y, por último, no faltan menciones claras de la delegación *a iure*, opuesta a la delegación *ab homine*, que es la de uso más frecuente.

La delegación «a iure».

Omitiendo el tratar de las dos primeras clases de delegación, por no ofrecer dificultad, centramos toda nuestra atención en la delegación *a iure*, que ha sido siempre, desde el Derecho romano hasta nuestro *Codex*, el caballo de batalla, la figura más imprecisa y discutida de las especies de la potestad delegada.

En el Derecho de las *Decretales* hallamos una figura de tipo intermedio entre la potestad que va aneja a un oficio y forma parte de él, llamada potestad ordinaria, y la potestad que se confiere directamente a la persona mediante una comisión o mandato especial. Esta última potestad se llama delegada *ab homine* y coincide con la potestad romana *alieno beneficio*, de la que ya anteriormente hablamos. La figura intermedia a que nos referimos y única que ahora nos interesa es la potestad que se tiene por *ley*; es decir, en virtud de un precepto común y estable, pero sin ir manifestamente aneja a un oficio. Esta realidad o figura jurídica—llámese como se quiera y sin entrar ahora en su calificación científica, cuestiones ajenas al texto legal que al presente examinamos—se da en el Derecho de las *Decretales* como existió también en el Derecho romano.

Un caso típico lo hallamos en las *Decretales de Gregorio IX* y se refiere a la potestad de los Obispos sobre los exentos en materia de herejía. He aquí las palabras textuales: “Si vero fuerint qui a lege dioe-

(25) *Decret. Greg. IX*, l. 1, tit. 29; *Lib. VI Bonifacii VIII*, l. 1, tit. 14; *Clement.*, l. 1, tit. 8.

cesanae iurisdictionis exempti, soli subiaceant Sedis Apostolicae potestati, nihilominus in his quae sunt contra haereticos instituta Episcoporum subeant iudicium et eis in hac parte tamquam a Sedis Apostolicae delegatis (non obstantibus libertatis suae privilegiis) obsequantur» (26). Se trata de una potestad que los Obispos no tienen sobre los exentos en razón de su oficio episcopal, por lo mismo que jurídicamente son exentos, y, sin embargo, la tienen por ley, en forma permanente y común a todos los Obispos. He aquí un caso de *delegación a iure*, si bien no faltaron comentaristas de las *Decretales*, según después veremos, los cuales aun esta misma potestad la juzgaron ordinaria. Otro caso de delegación *a iure* se contiene en el capítulo 13, libro I, título 31, de las *Decretales de Gregorio IX*, donde se concede al Metropolitano el derecho de castigar a los canónigos cuando sin motivo y con menosprecio del Obispo se abstienen o cesan *a divinis*; pero entonces el Metropolitano obra como Delegado pontificio «*tamquam supra hoc delegatus a nobis*», dice Inocencio III. Puede citarse también en confirmación de la misma doctrina el capítulo único, libro I, título V, de las *C. eminentias*, donde claramente se distingue entre la autoridad que el Prelado tiene por razón del oficio, la cual se llama aquí *suya* o propia, y la que tiene por concesión legal como directo representante del Papa: «*Dioecesani locorum in non exemptis sua, in exemptis vero Apostolica auctoritate negligentiam super hoc supleant eorumdem.*» Lo mismo, implícitamente, se deduce del capítulo 12, libro I, título 31, de las *Decretales de Gregorio IX*, cuando se dice: «*in inquisitionibus ab eodem Episcopo, non tamquam delegato.*»

Los casos de *delegación apostólica* se multiplicaron posteriormente por obra del *Concilio Tridentino*, el cual intentó de este modo reducir prácticamente los múltiples casos de exención episcopal, sin menoscabar teóricamente el derecho de exención. Baste citar, por ejemplo, algunos casos: Sessio V, caput 1, 2, *de ref.*; sessio VI, caput 2, 3, *de ref.*; sessio VII, caput 8, 14, *de ref.*; sessio XIII, caput V, *de ref.*; sessio XIV, caput 4, *de ref.* A veces se usó la fórmula: «*Etiam tamquam delegatus Sedis Apostolicae*», v. gr., en la sessio VI, caput 4, *de ref.*, y en la sessio XXII, caput 10, *de ref.*

Antes de cerrar este apartado sobre la potestad delegada en las *Decretales*, haremos dos observaciones que pueden aplicarse igualmente a la delegación *a iure* que a la delegación *ab homine*. La primera obser-

(26) *Decret. Greg. IX, c. 9, l. V, tit. 7.*

vacación se refiere a la concentración en una persona de la potestad ordinaria y de la delegada. Puede a veces ocurrir que el mismo Ordinario sea nombrado también delegado; entonces tiene la jurisdicción por dos títulos y ostenta una doble personalidad. Esta acumulación de las dos potestades puede verificarse o delegando el superior, por ejemplo, el Papa, en el Ordinario algunas funciones que a éste no le corresponden por razón del oficio, o dándole también en concepto de delegación las mismas atribuciones que ya tiene en virtud del oficio. Esta última idea es la que se expresa con la fórmula: *Etiám tamquam delegatus*.

La segunda observación general acerca de la potestad delegada en las *Decretales* tiene relación con la doctrina sentada en el último capítulo que en las *Decretales de Gregorio IX* se dedica a la potestad del delegado. En el § 2 de este capítulo se lee: «Ceterum (salva Legatorum Sedis Apostolicæ auctoritate) nulli, cui commissum fuerit prædicare crucem, excommunicare vel absolvere aliquos, dispensare cum irregularibus, vel iniungere poenitentias, liceat hæc de cetero aliis demandare: quia non sibi iurisdicção sed certum ministerium potius committitur in hac parte» (27).

La razón últimamente alegada es lo que hace a nuestro propósito. Las facultades en el texto alegadas se afirma que no implican ejercicio de jurisdicción, lo cual respecto de varias de ellas no se ve cómo pueda admitirse. Claro está, por ejemplo, que para excomulgar o absolver de una censura es necesaria la jurisdicción. El texto debe, pues, entenderse de la *mera ejecución*; es decir, que el *certum ministerium*, de que habla el texto, equivale a lo que actualmente llamaríamos: *merum aut nudum ministerium*, para lo que, ciertamente, no se precisa de jurisdicción.

IV. EN LOS DECRETALISTAS

Los glosadores y primeros comentaristas de las *Decretales* mantienen el concepto restringido de *jurisdicción*, que los textos canónicos aceptaron del Derecho romano, limitando la jurisdicción a su sentido etimológico—a iure diciendo—, o sea, al ejercicio de la potestad judicial. Paulatinamente el concepto de jurisdicción se fué ampliando hasta venir a ser sinónimo de potestad pública de régimen, comprendiendo en ella todas sus funciones. Sin embargo, aun a fines del siglo xvii halla-

(27) *Decret. Greg. IX*, c. 43, § 2, l. 1, tit. 29.

mos autores de máxima categoría, como REIFFENSTUEL, que conservaron el antiguo concepto de jurisdicción eclesiástica, aunque añadiendo juntamente el concepto integral, en el sentido en que hoy entiende nuestro Código la jurisdicción o potestad de régimen. He aquí las definiciones de jurisdicción dadas por A. REIFFENSTUEL: «Iurisdictio est potestas publica iuris dicendi... Iurisdictio siquidem a iure dicendo sive sententia secundum aequitatem iurisque regulas ferenda. Vel, si placet magis generalem atque omnes iurisdictionis actus sub se comprehendentem definitionem ponere, dicas cum PIRHING (tit. de officio iudicis ordinarii, n. 1, et aliis: Iurisdictio est potestas publica circa aliorum regimen et gubernationem» (28). Hacia mediados del siglo XVIII escribió L. FERRARIS su gran repertorio jurídico *Prompta bibliotheca*, donde se da únicamente esta definición: «Facultas alicuius habentis publicam auctoritatem et eminentiam super alios ad eorum regimen et gubernationem. Est in re communis» (29). Aunque afirma FERRARIS que es doctrina común, quedan todavía posteriormente algunos vestigios de la noción antigua más restringida. Ya advertimos que en el Derecho civil moderno la jurisdicción conserva generalmente su primitivo significado.

Ciñéndonos a nuestro propósito concreto, que en este apartado no es otro sino la investigación histórica y evolutiva del concepto de potestad *ordinaria* y *delegada* en los decretalistas, nos interesa examinar dichos conceptos, ya en su contenido genérico, ya en sus principales y más equívocas modalidades, que son la potestad *vicaria* y la *delegada a iure*.

A) Potestad ordinaria

Sobre el concepto genérico de potestad *ordinaria* los comentaristas de las *Decretales* y los posteriores tratadistas del antiguo Derecho canónico no alumbraron ninguna nueva idea sino que explanaron tan sólo las ideas ya contenidas en los textos oficiales. La idea dominante y elemento esencial de la potestad ordinaria fué desde el principio la vinculación de la potestad a un *oficio* estable y legalmente constituido, aunque, por otra parte, la existencia actual del oficio dependiese de la voluntad del superior, como, por ejemplo, el nombramiento del Vicario General. La vinculación permanente de la potestad a un oficio se expresaba con diversos términos: *vi officii*, o *iure proprio*, y a veces simple-

(28) REIFFENSTUEL: *Ius Canonicum Univ.*, t. I, tit. 29, § 1.

(29) FERRARIS: *Prompta bibliotheca*, v. *iurisdictio*, n. 1.

mente por las palabras: *lege aut consuetudine*. Estas frases unas veces se empleaban aisladamente, otras, por yuxtaposición. El uso de la segunda locución (*iure proprio*) creó una grave dificultad para la distinción entre potestad ordinaria *propia* y *vicaria*, así como la tercera forma de expresión hizo difícilmente inteligible la delegación *a iure*. Analicemos más detenidamente cada uno de estos conceptos y sus diversas formulaciones.

BARBOSA define el juez ordinario diciendo que es: «qui iure sui officii, dignitatis vel magistratus iurisdictioni vel iuri dicundo praeest» (30). Aquí se pone como único elemento constitutivo y como nota característica única y suficiente la idea del *oficio*, fuente inmediata de la potestad ordinaria. Si la potestad dimana del oficio, aquel que posee el oficio o de quien es propio, tiene, por lo mismo, la potestad *iure suo*, *iure proprio* y la potestad podrá con toda razón llamarse *suya propria*. La idea de vinculación de la potestad al oficio y, por consiguiente, la idea de propiedad de la potestad subsisten, según la mente de BARBOSA y de los demás autores antiguos, aun cuando la provisión del oficio no esté prescrita por el Derecho, sino que dependa de la voluntad del Superior. Entonces el oficio se tiene, es verdad, por comisión ajena, *ex beneficio Principis*, pero las facultades y obligaciones que constituyen el oficio, una vez poseído éste, derivan inmediatamente del oficio y se tienen *iure proprio*, no por concesión ajena. De la misma manera, la potestad *ordinaria* se adquiere en virtud de la ley, porque sólo la ley, y no la voluntad particular del Superior, es la que puede constituir un verdadero oficio. Bien entendida la cláusula *ratione officii*, no vemos inconveniente en que ella sola pueda considerarse como nota suficientemente constitutiva de la potestad ordinaria. Pero, así entendida, la dificultad estribará en la explicación y caracterización de la potestad *vicaria* en cuanto subespecie de la potestad ordinaria, particularmente si se pretende mantener la actual diferenciación entre potestad ordinaria *propia* y potestad ordinaria *vicaria*. La doctrina antigua, partiendo de la idea básica del *oficio* como origen de la potestad ordinaria, juzgó que ésta, aunque fuera *vicaria*, debía estimarse como *propia* del titular del oficio. Los autores antiguos admitían diferencia entre la potestad llamada simplemente ordinaria y la que llamaban *vicaria* (que la mayor parte reducían después a la ordinaria), pero nunca creyeron que la potestad *vicaria* dejara de ser *propia*. Según la doctrina antigua, la jurisdicción

(30) BARBOSA: *Collectanea Doctorum in Iuribus I Decretalium*, III. 31. n. 3.

ordinaria puede subdividirse en *principal* y *subordinada* o vicaria, pero tanto la una como la otra es propia, porque se tiene *ratione officii*.

Añade BARBOSA en su definición del juez ordinario: «*iurisdictioni vel iuri dicundo praest*». Esta preeminencia significa que el juez ordinario «in iurisdictione sibi data principalem locum obtineat eamque pro suo imperio exerceat». He aquí una nueva faceta por la que claramente se distingue el juez o Superior ordinario del delegado. Pero si ahondamos mucho en esta diferencia, destacando la principalidad y autonomía de la potestad ordinaria, nos hallamos nuevamente ante la dificultad de encuadrar la potestad *vicaria* dentro de la *ordinaria*; dificultad que ya sintieron los decretalistas y que dió origen a largas y encontradas discusiones acerca de si la potestad *vicaria* debía adscribirse a la ordinaria o más bien a la delegada. Sobre este punto volveremos más adelante. Conviene con BARBOSA en definir la potestad ordinaria por sola su relación con el *oficio* muchos otros autores, por ejemplo, SCHMALZGRÜBER (31).

La correlatividad de conceptos que hemos señalado entre la vinculación de la potestad a un *oficio*, la propiedad de la potestad y la concesión de la ley se halla expresada en la mayor parte de las definiciones que, casi con idénticas palabras, nos transmitieron los comentaristas de las *Decretales*, aunque no podemos afirmar con certeza si la insistencia algún tanto plagaria con que los antiguos canonistas acumulan las tres ideas es precisamente porque las consideran como sinónimas y aclaratorias unas de otras o, por el contrario, como distintas y necesariamente complementarias. Nos inclinamos por esta segunda interpretación, aunque denote en eximios doctores antiguos alguna superficialidad de juicio y tendencia instintiva a la repetición de conceptos y hasta de palabras, que, después de todo, bien podemos perdonarles, por ser achaque común a todos los tiempos. Aquí, por consiguiente, citar la opinión de un autor equivale a transcribir la de muchos otros que la copian literal o casi literalmente. «Ordinaria—dice LEURENIUS—*quae competit alicui iure proprio seu ratione officii aut dignitatis ex lege, canone vel consuetudine*» (32). Poco después de LEURENIUS escribió FERRARIS, definiendo la jurisdicción ordinaria exactamente con las mismas palabras (33).

Dije anteriormente que los decretalistas admitieron una tercera forma de definir la potestad ordinaria, poniendo como único elemento constitutivo y única nota diferencial la concesión por *ley* o por *costumbre* en

(31) SCHMALZGRÜBER: *Ius Ecclesiasticum Universum*, t. I, tit. 31.

(32) LEURENIUS: *Forum Ecclesiasticum*, l. I, tit. 29, q. 671.

(33) FERRARIS: *Prompta bibliotheca*, v. *iurisdictione*, n. 6.

cuanto que ésta tiene fuerza de ley. A este tercer grupo pertenece BERARDI, quien, con el estilo retórico que suele emplear, dice: «Ordinariam dicimus quae vel ex generali canonum disciplina, vel ex privilegio quod vim legis habeat, vel ex consuetudine quae legem facile imitatur competat, ita ut adeptae potius dignitati quam personae dignitatem gerenti quaesita perpetuo creditur» (34). Así opina también FAGNANO, quien establece el principio de que la jurisdicción otorgada por ley o estatuto es ordinaria y aun añade que lo es también siempre que se concede *ad universalitatem causarum* (35). Comentando REIFFENSTUEL (36) las palabras de FAGNANO, afirma que la sentencia de éste es compartida por muchos otros y aun él parece adherirse también a la misma opinión, no obstante de que su definición de la potestad ordinaria está concebida en idénticos términos que la ya transcrita de LEURENIUS y FERRARIS. En realidad, lo que REIFFENSTUEL (*l. c.*, n. 63) no aprueba propia e íntegramente es que la potestad de jurisdicción pueda llamarse ordinaria por el mero hecho de concederse en forma general o *ad universalitatem causarum*. A pesar de esto, dice, el *delegado universal*, por lo mismo que a él puede recurrirse *ordinariamente*, de hecho parece un juez *cuasi-ordinario*.

Descartada la opinión que considera como *ordinaria* la jurisdicción sólo por otorgarse *ad universalitatem causarum*, interesa subrayar el hecho de que no pocos autores antiguos, al afirmar que era ordinaria la potestad concedida por *ley*, sentaron un precedente doctrinal que elimina totalmente la delegación *a iure*, admitida por la mayoría de los comentaristas de las *Decretales*. Dichos autores pensaron, sin duda, que así como la potestad de jurisdicción obtenida por razón de un oficio tiene que ser necesariamente concedida por ley, así también puede decirse que la concedida por ley proviene siempre de un oficio, ya que la ley, al conceder una facultad jurisdiccional en forma general y estable, no hace otra cosa sino crear un oficio o aumentar ese conjunto de derechos y deberes que constituyen un oficio. En este sentido afirmaron, no sin fundamento, que toda jurisdicción *a iure* es ordinaria.

Potestad vicaria.

La antigua doctrina canónica sobre el concepto genérico de la potestad *ordinaria* no dió lugar a hondas divergencias ni a prolongadas

(34) CAR. SEB. BERARDI: *Commentaria in Ius Eccl. Universum*, t. I, dissert. prima, c. II, p. 17.

(35) FR. FAGNANO: *Commentaria in II lib. Decret.*, c. "Cum olim", n. 65, de *majoritate et obedientia*.

(36) REIFFENSTUEL: *Ius Canonicum Universum*, t. I, III, 29, § 1, n. 11.

controversias. Tampoco disintieron mucho los antiguos canonistas sobre el concepto esencial de la potestad *vicaria* y menos todavía se preocuparon de dar una definición exacta y bien cincelada. En cambio, la cuestión sobre si la potestad *vicaria* debía clasificarse como ordinaria o simplemente como delegada fué una de las más célebres entre los antiguos canonistas y pervivió, mereciendo la atención de los más preclaros tratadistas, durante cerca de ocho siglos; es decir, todo el tiempo que estuvo en vigor el Derecho de las *Decretales*.

La cuestión acerca de la naturaleza de la potestad del *vicario* se planteaba antiguamente lo mismo respecto del que los autores llamaban vicario *a iure* seu *lege* que del vicario *ab homine*, porque observaron que, aunque el nombramiento, v. gr., del *Vicario General*, se hiciera *ab homine* por el Obispo, al autorizar el derecho común tal nombramiento, el vicario debía considerarse constituido *a iure* y su potestad, según la doctrina más común, debía tenerse como *ordinaria*. Esta doctrina, aplicada concretamente al *Vicario General*, era verdadera. En lo que los autores no iban muy acertados era en creer que las facultades del *Vicario General* procedían inmediatamente del Obispo y sólo remotamente de la ley, en cuanto que ésta autorizaba o permitía el nombramiento y la concesión de facultades hecha por el Obispo (37). Más acertado es afirmar que muchas facultades del *Vicario General* estaban—como también ahora lo están—fijadas ya por el Derecho, y por esto iban incluidas en el oficio y se tenían en razón del mismo. Este es el motivo de que tales facultades fueran ordinarias y no simplemente delegadas. En cambio, había algunos *Vicarios* propia y exclusivamente *ab homine*, cuyos derechos podían ampliarse o restringirse sin límite a voluntad del Superior, aunque éste obrase con arreglo a la ley que así lo permitía. En este caso era infundado sostener, como no pocos antiguos opinaban, que la potestad de estos *Vicarios* era ordinaria. Careciendo tales *Vicarios* de un oficio objetivamente estable, su potestad no podía ser ordinaria. Eran *delegados*, aunque se les llamase *Vicarios*. En este sentido se expresan ya BOUXX y WERNZ (38). De lo dicho concluimos que la cuestión acerca de la naturaleza de la potestad vicaria sólo puede plantearse con relación al *Vicario* propiamente llamado *a iure*, no en orden al *Vicario* propia y exclusivamente *ab homine*, denominación actualmente en desuso y sustituida por la *delegación «ab homine»*.

(37) BARBOSA: *Collect.*, t. I, ff. 28, nn. 5, 6.

(38) BOUXX: *De iudiciis eccl.*, t. I, p. 370; WERNZ: *Ius Decretatum*, t. II, n. 445, III.

Aun así delimitada la cuestión, es preciso reconocer que, en lo que se refiere al concepto y definición de la potestad *vicaria*, el estudio realizado por los antiguos canonistas fué tan superficial que únicamente nos legaron definiciones genéricas, por las que no podríamos discernir la jurisdicción *vicaria* de la *delegada*, a pesar de que, como luego veremos, la mayoría de los autores admitieron de lleno tal distinción. GONZÁLEZ TÉLLEZ nos da esta escueta definición del Vicario: «qui alterius vices obit» (39). La misma definición hallamos en SCHMALZGRÜBER: «*Vicarius generaliter ille dicitur qui gerit vices alterius*» (40). Hay autores que proponen una definición más explícita, pero que no sugiere idea nueva de importancia. Podemos alegar como ejemplo la que trae PIRHING: «Secundum ius canonicum, vicarii dicuntur qui legitima auctoritate constituti sunt ut Episcopi vel alterius praelati, parochi aut clerici vices gerant in divinis ministeriis celebrandis vel administratione vel iurisdictione exercenda» (41). En esta definición aparece la distinción general del Vicario, de que tratan todos los autores antiguos: Vicario *in divinis* y Vicario *iurisdictionis*, al que nosotros ahora únicamente nos referimos.

Es frecuente entre los comentaristas de las *Decretales* el afirmar que la potestad ordinaria es la misma en el Superior principal que en su Vicario, sobre todo en el General, sea gubernativo, sea judicial, o en otros términos, que ambos ocupan el mismo lugar o constituyen el mismo tribunal, si bien el Vicario debe obrar en no pocas ocasiones con dependencia del principal. En cambio, la potestad del delegado se considera como distinta del delegante principal. Así se expresan los ya citados autores SCHMALZGRÜBER y PIRHING (42). Sobre este punto ya advertí más arriba que la dependencia del Vicario respecto del Superior representado o principal entraña una no leve dificultad si se quiere poder clasificar la potestad del Vicario dentro del cuadro general de la potestad *ordinaria*, una de cuyas notas distintivas es la preeminencia y la autonomía en su ejercicio. Pero los autores antiguos, en su mayoría, no juzgaron decisiva esta razón, dando, por el contrario, la primacía a la *anexión* legal de la potestad a un *oficio*, la cual anexión también existe en la potestad *vicaria* y es suficiente para que la potestad sea de alguna manera propia (en cuanto aneja a un oficio propio), no obstante de ser ejercida a nombre de otro, y se ejerza normalmente con suficiente autonomía, aunque no con entera independencia.

(39) GONZÁLEZ TÉLLEZ: *Commentaria in 5 libros Decretalium*, t. I, tít. 28, c. 2, n. 3.

(40) SCHMALZGRÜBER: *Ius Ecclesiasticum Univ.*, t. I, pars IV, tít. 28.

(41) PIRHING: *Ius Canonicum*, t. I, tít. 28, l.

(42) SCHMALZGRÜBER: *Ius Eccl. Univ.*, t. I, pars IV, tít. 28, § 1; PIRHING, o. c., t. I, tít. 28, sectio I, 25.

La discutida relación de identidad sustancial, al menos genérica, entre la potestad ordinaria y la vicaria reclama un estudio más detenido, ya que fué en el Derecho antiguo un problema siempre planteado y nunca resuelto. Efectivamente, aunque en la determinación del *Vicario* no incluyan los decretalistas sino la idea genérica de sustitución o de suplencia, común al *Vicario* y al delegado, la distinción o no distinción de ambos fué una cuestión vieja, pero siempre palpitante, que preocupó a todos los antiguos canonistas: «*vetus quaestio est quae ingenia canonistarum exercet*», dice DEVOTI (43). Al igual que DEVOTI suelen también los demás tratadistas plantear esta cuestión comenzando por afirmar que es muy debatida entre los intérpretes. Luego aducen varias razones, no exentas de peso, en favor de la sentencia que defiende ser *delegada* la potestad vicaria; y, por último, la mayor parte de ellos se inclina por la sentencia contraria, o sea, la que sostiene que la potestad del *Vicario* es *ordinaria*. La cuestión suelen concretarla en el *Vicario General* del Obispo.

Las razones alegadas en pro del carácter *delegado* de la potestad *vicaria* podemos condensarlas en los siguientes términos:

1. Dos no pueden tener la misma jurisdicción; por lo cual, siendo ordinaria la potestad del Obispo, tiene que ser la del *Vicario* distinta, es decir, delegada. A esto responden los defensores del carácter *ordinario* de la potestad *vicaria* diciendo que, si bien es cierto que la jurisdicción, en tanto que ordinaria, no puede hallarse de manera igualmente principal en dos personas, sí puede hallarse en ellas de modo distinto, principal en una y supletorio o subalterno en la otra.

2) La jurisdicción ordinaria es dada por ley, mientras que la vicaria es concedida *ab homine*, v. gr., por el Obispo. Ya dijimos que a esto responden los contrarios afirmando que por el hecho de permitir y aprobar la ley la designación del *Vicario* ya puede decirse que la misma ley lo nombra.

3. La jurisdicción ordinaria es perpetua en cuanto que no cesa al expirar el derecho del concedente; la vicaria, por el contrario, expira y consiguientemente, no es ordinaria. La respuesta es que el principio de la no cesación se verifica cuando la potestad ordinaria es principal, pero puede cumplirse o no cuando es accesoria o vicaria.

4. Por lo mismo que el *Vicario* ejerce la jurisdicción a nombre de otro, y no en nombre propio, síguese que la jurisdicción del *Vicario* no es ordinaria, sino delegada. La primera respuesta que se da a esta argumentación es poco diáfana y envuelve alguna petición de principio; por-

(43) J. DEVOTI: *Institutionum Canoniarum libri IV*, t. I, l. I, tit. III, sectio IX, 77.

que se dice que, si se suple a otro en distinto lugar u oficio, la jurisdicción es delegada; pero, si esto se hace en el mismo lugar, o tribunal, u oficio, la jurisdicción es ordinaria. Otra réplica más lógica es ésta: si se suple o se actúa a nombre de otro, sin oficio, por simple comisión, la potestad es delegada; si por razón del oficio, es ordinaria.

Hemos aducido las razones en pro de una y otra sentencia tal como solían ser presentadas por los antiguos canonistas, cuyo pensamiento intentamos ahora reflejar, no como en el nuevo Derecho podrían exponerse. El punto de apoyo más firme en favor de la naturaleza *ordinaria* de la potestad *vicaria* estriba, según ya anteriormente observamos, en su vinculación y procedencia inmediata de un oficio. Pero la cuestión no dejó nunca de ser oscura; por eso los defensores de la sentencia que atribuye carácter de ordinaria a la jurisdicción vicaria no suelen negar del todo probabilidad a la sentencia contraria, sino que se contentan casi todos ellos con decir que su sentencia es más probable, más verdadera y más conforme a los sagrados cánones. Esta sentencia no es sólo más común, sino que además la defienden los más insignes canonistas. Entre ellos podemos mencionar a los siguientes: G. DURAND (44), D. COVARRUBIAS (45), SÁNCHEZ (46), PIRHING (47), SCHMALZGRÜBER (48), BARBOSA (49), GONZÁLEZ TÉLLEZ (50) y N. GARCÍA (51). Por lo dicho se verá lo infundado de la afirmación que sientan CHELODI-CIPROTTI con estas palabras: "Antiquior doctrina in contrariam (delegatam) potius sententiam inclinabat" (52). Los canonistas antiguos que afirman ser *delegada* la potestad vicaria son citados por BARBOSA (53) y no figuran entre los más autorizados. Pero debemos añadir que posteriormente no faltaron autores muy renombrados que volvieron a abogar por el carácter delegado de la potestad vicaria. Así, por ejemplo, J. DEVOTI (54), quien es de parecer, aunque lo expone haciendo no pocos juegos de equilibrio, que la potestad del Vicario, incluso la del Vicario General, es delegada, puesto que tanto la constitución del Vicario General como la mayor o menor extensión de su potestad penden totalmente del arbitrio del Obispo, y además dicha

(44) G. DURAND: *Speculum Iuris*, l. I, p. I, tit. "De officio Ordinarium", § I, n. 2.

(45) D. COVARRUBIAS: *Variarum resolutionum lib. III*, c. 20, n. 4.

(46) SÁNCHEZ: *lib. III de matrimonio*, dist. 29, q. I, n. 3.

(47) PIRHING: *Ius Can.*, t. I, tit. 28, § 2.

(48) SCHMALZGRÜBER: *Ius Eccl. Univ.*, t. I, pars IV, tit. 28, § 2, n. 18.

(49) BARBOSA: *Collect. in Ius Pontificium*, l. I, tit. 28, n. 6.

(50) GONZÁLEZ TÉLLEZ: *Commentaria in 5 lib. Decret.*, l. I, tit. 28, c. 5, nn. 4, 5.

(51) N. GARCÍA: *De beneficiis*, 5 pars, c. 8, n. 21.

(52) CHELODI-CIPROTTI: *Ius Canonicum de personis*, n. 126.

(53) BARBOSA: *De offic. et potestate Episcoporum*, p. 3, alleg. 54, n. 30.

(54) J. DEVOTI: *Institutionum Canoniarum libri IV*, t. I, l. I, tit. III, sec. IX, 77.

potestad expira al cesar el Obispo en su oficio. Por otra parte, del hecho de que el Obispo y el Vicario constituyan un solo y mismo tribunal—que es de donde otros autores más antiguos concluían que la potestad de ambos era la misma, es decir, ordinaria—, DEVOTI saca la conclusión de que, efectivamente, la potestad es la misma en los dos, pero ordinaria en el Obispo y delegada en el Vicario. Reconoce, al mismo tiempo, DEVOTI, que, en cuanto que el Vicario tiene la potestad *propter officium*, se puede llamar ordinaria. Con esta ambigüedad de conceptos se expresa a mediados ya del siglo XIX un autor de bien ganado prestigio como DEVOTI. Y podemos decir que no es extraño que los mismos términos tan artificiosamente manejados durante varios siglos al hablar del Obispo y su Vicario, como los de *unum tribunal*, *unus locus*, *unum officium*, viniesen, finalmente, a expresar conceptos distintos y aun contrarios, ya que son términos figurados que distan mucho de representar una realidad concreta, y por lo mismo pueden aplicarse igualmente a la potestad vicaria que la delegada. El P. WERNZ (55) sienta todavía más claramente el principio de que la potestad del Vicario no es ordinaria, sino delegada, si bien exceptúa de este principio varios casos, como el del Arcediano, el Arcipreste y el Vicario capitular; y hasta llega a afirmar que la diferencia entre el Vicario y el delegado «*generaliter vera non est*».

B) Potestad delegada

La definición de potestad *delegada* o de juez delegado se halla expresada por los decretalistas con las mismas ideas y casi con los mismos términos. Dos ideas positivas que flotan siempre en la definición son las de sustitución, o mejor, *representación*—*alterius vice fungi*—y la de *comisión*—*ex commissione alterius*—. Contrastando con estas ideas y como fondo para que destaquen más vivamente, suele ponerse otra idea negativa, por la que se excluye el elemento distintivo de la potestad ordinaria, la vinculación a un oficio. Con este sencillo procedimiento positivo y negativo, digamos de luz y de sombra, se nos da la figura o, más simplemente, la difuminada silueta de la potestad delegada. Valgan como ejemplos estas definiciones. FERRARIS la define: «Delegata est illa quam quis non habet iure proprio sed solum ex commissione alterius, cuius vice fungitur» (56). Casi idéntica es la definición que da REIFFENSTUEL del juez delegado: «Iudex delegatus est qui non habet iurisdictionem vi

(55) WERNZ: *Ius Decretalium*, t. II, n. 545, II.

(56) FERRARIS: *Prompta bibliotheca*, v. *iurisdictione*, n. 6.

proprii officii sed eam exercet ex beneficio et commissione alterius cuius vice fungitur» (57). A veces se consigna expresamente la idea positiva que señala el origen de la potestad delegada. Así LEURENIUS: «Delegata est quam quis solum ex commissione vel speciali alterius mandato habet» (58). Y hasta alguna rara vez se define la potestad delegada sólo por su elemento negativo o por su simple contraposición a la ordinaria. De esta manera define BARBOSA al juez delegado: «Is qui sine magistratu officiove aut non habita relatione ad illum iurisdictione mandata est» (59).

La idea de *representación* que lleva siempre consigo la potestad delegada le es común con la potestad vicaria y distingue a ambas de la potestad ordinaria *principal*, o sea, de la ordinaria no vicaria, ya que esta última se ejerce no en nombre de otro, sino en nombre del mismo que la posee.

La segunda nota constitutiva de la potestad delegada, que es la idea de *comisión personal*, contrapone esencialmente la potestad delegada a toda clase de potestad ordinaria, bien sea ésta principal, bien sea subordinada, es decir, vicaria. Y porque la potestad delegada se tiene por comisión personal y directa de otro—*alieno beneficio*, como decían los romanos—, no en razón de un oficio propio, afirmaron constantemente los decretalistas que tal potestad no era propia, no se tenía *iure proprio*. Al contrario, toda potestad ordinaria radica en un oficio y, por lo mismo, es propia de aquel que posee el oficio, aun cuando éste haya sido conferido libremente por el Superior. Puede suceder que una facultad se confiera, no por razón del oficio como tal y, por ende, no a todos los que posean dicho oficio genéricamente considerado, v. gr., el oficio episcopal, sino al Obispo de tal diócesis, sin nombrar una persona determinada ni referirse a ella. Entonces la potestad se consideraba justamente como delegada a todas y solas las personas que poseyesen aquel oficio o dignidad en concreto, y dicha potestad se decía otorgada en razón de tal oficio o dignidad. Posteriormente, esta delegación se llamó real (60).

La diferenciación entre la potestad delegada y la ordinaria dió larga tela de discusión a los antiguos canonistas. Aparte de la diferencia sustancial ya indicada, los autores hallaron muchas otras, hasta el punto de que alguno de ellos—MARANTA—llega a enumerar nada menos que

(57) REIFFENSTUEL: *Ius Can. Univ.*, t. I, tit. 29, § 2, n. 27.

(58) LEURENIUS: *Forum Ecclesiasticum*, t. I, tit. 29, q. 674.

(59) BARBOSA: *Collect.*, t. I, tit. 29, n. 21.

(60) *Decret. Greg. IX*, c. 14, l. I, tit. 29; REIFFENSTUEL, *o. c.*, tit. 28, § 2, n. 39; WERNZ, *o. c.*, t. II, n. 551, III.

cuarenta diferencias (61). Posteriormente, los autores señalaron las siguientes diferencias principales, que aun actualmente se mantienen. La primera diferencia se refiere a la potestad de delegar, que ya de antiguo quedó fijada en la forma reproducida por el canon 199. La segunda diferencia consiste en que la delegación, por ser un simple hecho, necesita demostración, mientras que la potestad ordinaria, como va inherente al oficio, se presume tal como corresponde al oficio, si no se prueba su limitación. Es la misma doctrina que establece el canon 200, § 2. Otra diferencia señalaron los autores antiguos, afirmando que la potestad ordinaria no se extingue con la muerte o la cesación en el cargo del concedente, exceptuado el Vicario General del Obispo; por el contrario, decían, la potestad delegada expira, al cesar el derecho del delegante, si el asunto encomendado está todavía íntegro. En cuanto a la potestad ordinaria, el nuevo Derecho está del todo acorde con el antiguo (cáns. 208, 371). Tocante a la delegada, la legislación canónica ha perfilado la doctrina antigua y difiere notablemente de ella, como puede verse en el canon 207. En lo que atañe a la *interpretación* de la potestad ordinaria y delegada, los antiguos canonistas enseñaron que la ordinaria debía interpretarse ampliamente, y la delegada en sentido estricto, por considerarse odiosa en cuanto que derogaba a la ordinaria. El Código de Derecho vigente reproduce en el canon 200, § 1, la misma doctrina, pero concediendo también interpretación amplia a la delegación *ad universitatem causarum* (62).

Entre las varias cuestiones particulares que los expositores del Derecho de las *Decretales* solían discutir en relación con la misma naturaleza de la potestad delegada y especialmente en cuanto a su distinción de la potestad ordinaria, son dignas de mención las tres siguientes: primera, la que se refiere a la potestad llamada *ad universitatem causarum*; segunda, la potestad que el Derecho común concede a los Obispos sobre los exentos; tercera, la delegación *a iure*.

La primera cuestión fué más nominal que real. Ya apunté, al hablar de la potestad ordinaria, cómo FAGNANO y algunos otros autores opinaron que la potestad *ad universitatem causarum* era ordinaria y no simplemente delegada. Pero, generalmente, los autores enseñaron que tal potestad era esencialmente delegada, porque no se tenía en razón de un oficio. Sin embargo, a causa de la universalidad de su potestad, el delegado, en este caso, dijeron, se asemeja al Superior ordinario

(61) MARANTA: *Speculum Aureum, pars IV, dist. 5, n. 23.*

(62) BOUIX: *Tractatus de principiis Iuris Canonici, pars IV, c. VI, § 4, I, 4.*

en cuanto que ordinaria o habitualmente puede hacer uso de su potestad ; por esto fué llamado cuasi-Ordinario. Superfluo parece decir que de esta manera lo que se hacía era tomar una misma palabra en dos acepciones totalmente distintas. Con razón se terminó por abandonar aun en el antiguo Derecho una terminología tan impropia y carente de sentido jurídico, de la cual no queda en nuestro Código vestigio alguno, fuera de la facultad de subdelegar en casos particulares, que se concede al delegado universal, asemejándole en esto algún tanto al Superior ordinario.

Mucho más grave, más amplia, y también de mayor fondo doctrinal, fué la discusión promovida en torno a la naturaleza que en virtud del mismo Derecho ejercían a veces los Obispos, como también ahora, sobre los exentos. ¿ Dicha potestad era ordinaria o delegada ?

Los que atribuían a tal potestad el carácter de *ordinaria* solían alegar los siguientes argumentos : 1) La jurisdicción dada por ley no es delegada, sino ordinaria. 2) Cuando un Superior goza de potestad ordinaria, pero el ejercicio de dicha potestad se halla impedido por un privilegio ; si el privilegio cesa o se suspende, renace la potestad ordinaria. Tal es, decían, el caso de los exentos. El Obispo, originariamente, tiene potestad ordinaria sobre ellos, según el principio de que el Obispo puede hacer en su diócesis, *mutatis mutandis*, lo que el Papa puede en todo el orbe. De esta jurisdicción ordinaria quedan después libres los religiosos llamados por esta causa exentos en virtud de un privilegio. Ahora bien, si este privilegio cesa total o parcialmente, la situación normal se restablece y, por lo mismo, entra de nuevo en acción la potestad ordinaria de los Obispos sobre los exentos. 3) El que está ligado por una censura no puede hacer aquello para lo que antes tenía potestad ordinaria ; pero, una vez absuelto de la censura, recobra su potestad ordinaria. Lo mismo debe decirse de la potestad ordinaria ligada o impedida por el privilegio de la exención.

No obstante la fuerza de estas razones, la mayoría de los autores antiguos no vaciló en sostener que la potestad de los Obispos sobre los exentos era de hecho simplemente delegada : los Obispos obraban como delegados de la Santa Sede. La razón fundamental era la siguiente : A los Obispos se les restituyen algunas facultades sobre los exentos, no en virtud de su oficio, cuya potestad, de hecho, no alcanza a los exentos, sino en virtud de una comisión personal. De esta manera, lo que antes de la exención podían hacer los Obispos con potestad ordinaria, después de concedida y nuevamente derogada en parte la exención pueden hacerlo

sólo con potestad delegada. La argumentación, como se ve, presenta perspectivas diversas según el ángulo desde donde se mire. Esto no obsta a que, en determinados casos, pueda demostrarse con certeza que los Obispos obraban como delegados de la Santa Sede (63). Los efectos jurídicos eran diversos, según que la potestad de los Obispos en estos casos fuese ordinaria o delegada, v. gr., en cuanto a la delegación o subdelegación y en orden a la apelación, la cual, si los Obispos actuaban como Ordinarios, podía dirigirse al Metropolitano, mientras que, si lo hacían como delegados de la Santa Sede, la apelación o recurso tenía que elevarse necesariamente a la misma Sede Apostólica.

La delegación «a iure».

No existió entre los decretalistas unanimidad de criterio acerca de esta forma de delegación. Generalmente los comentaristas de las *Decretales* que escribieron antes del Concilio Tridentino no hacían mención distinta de la delegación *a iure* y *ab homine*, sino que hablaban sólo de la delegación en términos generales. Posteriormente, sobre todo desde fines del siglo XVII, es ya frecuente hablar de esta doble forma de delegación, si bien no faltaron autores que implícita o explícitamente rechazaron la *delegación «a iure»*. Implícitamente la rechazaron aquellos que definieron la potestad ordinaria, conforme ya advertí al hablar de ella, solamente por el hecho de estar concedida mediante una ley. Hay, pues, antagonismo irreductible entre *delegación* y *«a iure»* o por ley. Tal vez creyeron quienes opinaron de esta manera que la concesión de potestad hecha por ley implicaba necesariamente la posesión de un oficio, y de esta manera se asociaban y venían a coincidir los conceptos de ley y de oficio en el otorgamiento de la jurisdicción. Pero estimamos que no es preciso buscar esta coincidencia de conceptos, sino qué podemos interpretar el pensamiento de estos autores en el sentido de que ellos intentaban definir la potestad *ordinaria* atendiendo sólo a su origen legal, independientemente del *oficio*, a pesar de que éste fué, sin duda, para la mayoría de los comentaristas el elemento esencialmente distintivo entre la potestad ordinaria y la delegada. También tuvieron que negar lógicamente la posibilidad de admitir la delegación *a iure* los que defendieron que la potestad ejercida en algunos casos particulares por los Obispos sobre los exentos en virtud del mismo Derecho debía considerarse como ordinaria, ya que

(63) SÁNCHEZ: *De matrimonio*, l. 8, d. 1.º p. 2, n. 10; BARBOSA: *De officio et potestate Episcoporum*, alleg. 92, n. 3; SCHMALZGRÜBER: *Ius Eccl. Univ.*, t. I, pars IV, tit. 29, § 1, n. 6.

la primera razón que para ello alegaban era la de que toda jurisdicción dada por ley es ordinaria.

Pero ya queda advertido que la sentencia favorable a la posibilidad y a la existencia en varios casos de la delegación *a iure* fué compartida por los más autorizados canonistas antiguos. Algunos incluyen la doble forma de delegación, *ab homine* y *a iure*, en la misma definición de potestad delegada o de juez delegado. Así LEURENIUS (64), quien, al tratar del juez delegado, emplea estos términos: «ex commissione vel ipsius vel alterius hominis». Más adelante, los autores hablan ya explícitamente de la delegación o de los delegados *a iure* y *ab homine*, sin oponer reparo alguno doctrinal al concepto de la delegación *a iure*. Tu vieron que admitir también la realidad de este concepto en algunos casos cuando afirmaron que la potestad de los Obispos sobre los exentos era delegada, puesto que se trataba de casos en que la potestad era concedida por ley. A fines del pasado siglo, todavía expresaba BOUIX la sorpresa que a primera vista podía causar el hecho de que no se considerase como ordinaria la jurisdicción *a iure*; mas, a pesar de ello, el mismo autor daba una respuesta categórica a favor del carácter delegado de dicha potestad. He aquí sus palabras: "Mirum videri potest aliquam iurisdictionem dari *a iure* seu a legibus ecclesiasticis et tamen non esse ordinariam sed delegatam tantum. Tamen reputatur et est revera delegata tantum quando ius illam tribuit, non ratione officii sed specialis commissionis. Et sic Episcopi in multis constituti sunt *a iure* delegati Sedis Apostolicae» (65).

V. EN EL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO

Nuestro propósito, en esta última parte del ensayo histórico doctrinal que vamos pergeñando, no es el de reproducir, ya en síntesis, ya en forma de amplificación, toda la doctrina post-codicial sobre el concepto de potestad ordinaria y delegada, sino tan sólo lo que más puede interesar científicamente, que es ver cómo han cristalizado en el Código y en la doctrina canónica aquellos conceptos que venían plasmándose variata e indecisamente desde las Pandectas hasta nuestro Código.

A) *Potestad*.—Al recorrer la última etapa de la evolución legislativa y doctrinal acerca de la potestad ordinaria y delegada, la primera observación que salta a nuestra vista es la que se refiere al concepto mismo de *jurisdicción*, la cual no entiende nuestro Código en el sentido restringido

(64) LEURENIUS: *Forum Eccl.*, I. I, tit. 29, q. 672.

(65) BOUIX: *Tractatus de principiis Iuris Canonici*, pars IV, c. VI, § 4.

en que la usaron el Derecho romano y las *Decretales*, o sea, como sinónimo de potestad *judicial*, sino en sentido amplio y total, comprendiendo todas las funciones de la potestad pública: la legislativa, la judicial y la ejecutiva. Como ya anteriormente notamos y expresamente se consigna en el canon 196, en nuestro Código los términos de potestad pública y potestad de régimen o de jurisdicción tienen el mismo significado. En esto, al igual que en otros muchos puntos, el Código recogió los frutos ya sazonados de la doctrina lentamente elaborada por los decretalistas. Con todo, como ya advirtieron no pocos autores y últimamente ha declarado la Comisión de Intérpretes (26 marzo 1952), las prescripciones canónicas sobre la potestad ordinaria y delegada deben, en general, aplicarse a la potestad privada o dominativa, a no ser que la naturaleza del asunto o del texto legal se opongan a ello.

B) *Potestad ordinaria*. — «Potestas iurisdictionis ordinaria—dice el canon 197, § 1.—ea est quae ipso iure adnexa est officio.» No vamos a detenernos a explicar el sentido de esta definición, que puede verse explicada en cualquiera de los Manuales de Derecho canónico, ni siquiera nos detendremos en señalar las divergencias, no muy notables, que sobre algunos puntos dividen a los autores. Nuestro intento ahora es hacer una rápida confrontación entre el Derecho vigente y el Derecho antiguo, romano o canónico, para ver hasta qué punto la actual legislación es tributaria de los antiguos cuerpos legales o de la antigua doctrina. La comparación con el Derecho romano ya queda esbozada en la primera parte de este trabajo. Resulta de lo allí expuesto que la jurisdicción *ordinaria* de nuestro Código comprende no sólo la jurisdicción adquirida según el Derecho romano *iure magistratus* o *more maiorum*, sino además la *specialiter tributa*. Comprende así mismo la denominada *iure suo* y aun con ésta puede decirse que guarda nuestra potestad *ordinaria* más íntima relación y de ella tiene más directa dependencia.

Por lo que toca al Derecho de las *Decretales*, podemos decir que la noción de potestad *ordinaria* se halla mucho más clara y perfilada en el Derecho nuevo que en el antiguo, no sólo porque el Código nos da incluso una definición exacta de la jurisdicción ordinaria, que en vano buscaríamos en el *Corpus Iuris Canonici* y documentos posteriores, sino porque, en las *Decretales* y en la doctrina de los autores que las comentaron, la potestad ordinaria, además de ir aneja a un *oficio*, se consideraba como *propia* de quien la poseía, con lo cual, según ya observamos, se creó una no leve dificultad para poder clasificar como ordinaria la potestad vicaria. El Código ha superado el obstáculo poniendo sólo de re-

lieve en la potestad ordinaria su vinculación legal a un oficio. Nuestro Código vigente divide la potestad ordinaria en *propia* y *vicaria* (canon 197, § 2). Esta división de la potestad ordinaria, tal como está formulada en el canon 197, ha sido introducida por el Código, aunque implícitamente, pero sin denominación precisa, ya la admitieron todos aquellos que atribuyeron el carácter de ordinaria a la potestad de los Vicarios. La jurisdicción de éstos— aun admitiendo que era ordinaria— se consideró como subordinada y se contraponía a otra clase de jurisdicción ordinaria, la cual por su naturaleza o al menos por el modo de ejercerse era principal. A causa de esto y porque además en la antigua doctrina canónica toda potestad *ordinaria* se tenía como *propia*, la denominación que en el Derecho antiguo podía darse, y la que de hecho algunos dieron a la división de la potestad ordinaria, era la de ordinaria *principal* y ordinaria *subordinada* o *vicaria*. Esta denominación y el mismo concepto que expresa, tal vez responda a la realidad más exactamente que la actual división de la potestad ordinaria en *propia* y *vicaria*: puesto que, radicando toda potestad ordinaria en un oficio que es propio de quien lo posee, toda potestad ordinaria, aun la que va aneja al oficio de Vicario o suplente, es propia del titular del oficio, lo cual no impide que unas veces sea principal y otras subordinada, según la diversa naturaleza y finalidad de los oficios. Por el hecho de que la potestad vicaria se ejerza en nombre de otro no deja de ser propia del Vicario, si bien la ordinaria que se ejerce además en nombre propio es doblemente propia, por razón del oficio y por razón del modo como se ejerce.

Los tratadistas del antiguo Derecho emplearon algunas veces la división de la potestad en *propia* y *vicaria*, pero en un sentido muy diverso, como división de la potestad eclesiástica en general. «Jurisdictio vero ecclesiastica—escribía WERNZ—subdividitur in iurisdictionem propriam et vicariam. Prior vocatur potestas quae *connaturaliter* sequitur ipsam existentiam Ecclesiae ut verae societatis perfectae atque exercetur ab Ecclesia *nomine proprio* ut in foro suo... Altera vero potestas dicitur illa quae Ecclesiae concessa est vi *specialis commissionis* atque exercetur ab illa ut in foro Dei» (66).

Al dividir nuestro Código la potestad *ordinaria* en *propia* y *vicaria*, queda resuelta de plano la antigua controversia sobre si la potestad vicaria era ordinaria o simplemente delegada. Sin embargo, aun hoy día no basta atender solamente a la denominación de *Vicario* para concluir

(66) WERNZ: *Ius Decretatum*, t. II, n. 3, IV; SUÁREZ: *De virtute et statu religionis*, tractatus VI, l. VI, c. IX, n. 18.

que la potestad es ordinaria, puesto que a veces bajo el nombre de Vicario se designa al que es un mero delegado. Es preciso ver si en realidad la jurisdicción va unida establemente en virtud de la ley a un verdadero oficio, aunque representando éste, en el caso del Vicario, una función supletoria.

La otra controversia antigua, tan porfiadamente debatida, acerca del carácter de la jurisdicción que los Obispos ejercen excepcionalmente sobre los exentos, ha quedado también resuelta por el Código, y lo ha sido en contra de la opinión más común de los doctores antiguos, que creyeron dicha jurisdicción *delegada «a iure»*. Del modo como el Código concede en algunos casos a los Obispos jurisdicción sobre los exentos (v. gr., cáns. 512, § 1, n. 1º; 603, § 1; 1.261, § 2; 1.491; 1492) se deduce que la jurisdicción episcopal es en estos casos *ordinaria*, puesto que va aneja por el Derecho al oficio como tal, y por lo mismo la anexión perdura siempre y en todas partes. Este cambio de doctrina lo advirtió primeramente el P. MAROTO (67), y lo han reconocido los demás autores. Lo que no juzgamos incuestionable ni mucho menos es la afirmación del mismo MAROTO, de CORONATA (68) y de otros, quienes añaden que la jurisdicción de los Obispos sobre los exentos es ordinaria, pero *vicaria*, no propia, por no pertenecer a la naturaleza del oficio episcopal, sino ser más bien algo extrínseco y superpuesto por la ley. Pero cabe preguntar: si la potestad de los Obispos sobre los exentos es vicaria, ¿en nombre de quién la ejerce? No directamente en nombre del Papa, porque ello es innecesario, ni menos en nombre del Prelado religioso, quien, al contrario, al ejercer la potestad episcopal, sustituye y hace las veces del Obispo, al que por ley general y precedente, como por natural exigencia de su cargo pastoral (si expresamente no hubiera sido limitado) correspondería ejercer su potestad también sobre todos los religiosos de su diócesis. Pues bien; sabido es que únicamente la idea de sustitución de otro es la que distingue la potestad ordinaria vicaria de la propia. Querer discernir cuándo la potestad vinculada por ley a un oficio pertenece a la naturaleza del oficio o, por el contrario, es algo extrínseco al mismo, es cuestión muy difícil y hasta diríamos imposible, pues la naturaleza del oficio es jurídica, o sea, constituida por la ley.

También ha pasado a ser *ordinaria*, en la disciplina vigente, la jurisdicción que los Obispos ejercían en otros diversos casos *tamquam Delegati Sedis Apostolicae*, o bien, según otra fórmula, *etiam tamquam Delegati Sedis Apostolicae*. La razón es porque, indudablemente, la po-

(67) MAROTO: *Institutiones Iuris Canonici*, n. 699.

(68) MAROTO, o. c., n. 699, 8; CORONATA: *Institutiones Iuris Can.*, ed. 3, vol. 1, n. 285, 2.º

testad de los Obispos en estos casos va unida por el Código al oficio episcopal y por lo mismo es ordinaria. Muy acertadamente ha suprimido el Código las antiguas fórmulas de delegación pontificia concedida por ley general; pues, si manifiestamente no se declara lo contrario, se entiende que tal potestad va otorgada no a la persona, sino al oficio (69).

Más difícil nos parece precisar la naturaleza de la jurisdicción *cuan-do un inferior*, v. gr., el Obispo, *dispensa, por concesión general del Derecho, en las leyes emanadas del Superior*. Afirma MAROTO (70) que esta facultad de dispensar en las leyes del Superior era considerada antes del Código como ordinaria vicaria, y esta misma doctrina parece él aprobar en el Derecho vigente, aunque no sin vacilaciones, puesto que después, en el número 705, B, dice: «item ex delegatione a iure dicendum est agere quilibet inferior dispensans in lege Superioris, saltem si inferior ipse officio careat». La antigua doctrina es también en la actualidad comúnmente admitida, aunque no faltan algunos autores, como después veremos al tratar de la delegación *a iure*, que juzgan como delegada la potestad con que el inferior dispensa de la ley dada por un Superior, aun cuando la potestad se tenga en virtud de una ley.

C) Delegación «a iure»

El Código de Derecho Canónico define con riguroso laconismo la potestad delegada, diciendo escuetamente: «delegata quae commissa est personae» (can. 197, § 1). Ya expusimos, al hablar de la potestad delegada en el Derecho romano, la relación conceptual y de procedencia que existe entre la jurisdicción *mandada* «*alieno beneficio*» y la delegación canónica. En el Derecho de las *Decretales*, como en el romano, la idea más destacada y característica de la potestad delegada es la de *representación* «*alterius vices gerere*», sin que fuese desconocida la otra idea de *comisión personal*. Por la prevalencia de la idea de representación, los comentaristas de las *Decretales* hallaron tanta dificultad en distinguir la potestad delegada de la vicaria. El Código de Derecho Canónico, aceptando el punto de vista elegido ya anteriormente por no pocos decretalistas, pone en primer término y aun explícitamente sólo menciona la idea de *comisión personal*, contrapuesta a la anexión al oficio, propia de la potestad ordinaria. La *representación* de otra persona es una idea común y accesoria que acompaña lo mismo a la potestad delegada que

(69) Cfr. canon 309, § 4, del que se hablará después

(70) MAROTO, *l. c.*, n. 699, 7.

a la ordinaria cuando ésta es vicaria. Prácticamente puede decirse que es potestad delegada toda aquella que no es ordinaria, ya que la división canónica de la potestad en ordinaria y delegada es adecuada o exhaustiva, y por lo mismo basta que a la jurisdicción le falte alguno de los tres elementos necesarios en la jurisdicción ordinaria (anexión, oficio, ley), para que deba tenerse como delegada, aunque manifiestamente no aparezca la idea de representación.

Por implicar siempre, de alguna manera, la potestad delegada la idea de representación y aparecer ésta más clara y concretamente en la delegación *ab homine*, se consideró ésta como prototipo de la potestad delegada, tanto en el Derecho romano como en las *Decretales*. Y lo mismo sucede ahora en el Derecho canónico, hasta el punto de discutirse si la delegación «*a iure*» es o no admitida en el *Código*. La cuestión no carece de importancia, ya como última fase de una larga evolución que culmina en nuestro *Codex*, ya por la misma naturaleza sustantiva y científica de la cuestión, y también por las consecuencias jurídicas que de ella se derivan. Y al decir esto, tenemos que manifestar nuestro disenso de los que afirman tratarse de una cuestión meramente nominal. Así opina ROBERTI, con estas palabras: «*Distinctio inter potestatem ordinariam et delegatam a iure quoad Codicem est mere theoretica et supervacanea*» (71). Lo mismo vienen a decir REGATILLO y EICHMANN (72). Pero esto, que puede afirmarse de la delegación concedida por Derecho pontificio, no vale igualmente respecto de cualquiera delegación *a iure*. Así, por ejemplo, la potestad delegada por ley episcopal podría subdelegarse tan sólo en casos particulares, mientras que la potestad ordinaria puede delegarse habitualmente. Y en cuanto a la apelación contra el delegado, no todos admiten que haya de elevarse al Superior del delegante, ante el cual Superior ciertamente habría de proponerse la apelación contra el *Vicario* judicial.

La evolución de la llamada delegación *a iure* en el Derecho canónico sigue una línea paralela a la que mantuvo en el Derecho romano. Ya expuse en la primera parte de este trabajo que, según la doctrina de los juriconsultos clásicos, la jurisdicción *specialiter tributa*, o sea, la otorgada por ley, no se consideraba vinculada al oficio de magistrado ni era propia, sino mandada o delegada. Mas posteriormente, los comentadores del Derecho común equipararon la potestad concedida *por ley* a la obtenida en razón del oficio o *iure magistratus* y la juzgaron propia del ti-

(71) ROBERTI: *De Processibus*, ed. 2.^a (Romae, 1941), n. 142, II, 5.

(72) REGATILLO: *Institutiones Iuris Can.*, vol. I, n. 358, nota 2; EICHMANN: *Manual de Derecho* *Can.*, trad. de T. G. PIÑAN, t. I, § 54, I, 3.^o.

tular o como ordinaria, en el sentido actual de la palabra. En el *Derecho canónico*, la sentencia más común admitió siempre, sobre todo desde el Concilio Tridéntino, una clase de jurisdicción concedida por ley, la cual no integraba oficio alguno y que por esto se llamó *delegada «a iure»*. Pero, modernamente, desde la promulgación del *Codex*, se ha planteado insistentemente el problema sobre la existencia de la *delegación «a iure» en el mismo Código*. Con ello no se pretende negar la posibilidad de la *delegación «a iure»*, siquiera en cuanto a los efectos jurídicos, ni su real existencia *fuera del Código*, siempre que el Superior intente claramente conceder la jurisdicción mediante una ley sin anexionarla a un oficio eclesiástico, de tal manera que forme parte constitutiva de él. Así lo reconocen aun los autores que niegan la existencia actual de la *delegación a iure* en el Código. «Haec autem—dice ROBERTI—non prohibent quominus novis legibus aliae facultates concedantur, quae peculiariter tribuantur atque dicantur et sint delegatae a iure... Saepe quoque occurrunt iure particulari, v. g. pro confessariis, vicariis parochialibus, etcétera (73). La razón es porque depende de la voluntad del Superior, tanto la concesión de la jurisdicción como el modo de concederla. Sin embargo, atendida *solamente* la naturaleza de la ley (can. 145), decimos que toda potestad de jurisdicción concedida por ley va por el mismo hecho *unida* y aun forma parte de un oficio que, si ya existía, se amplía más en virtud de la ley, y si no existía o la nueva facultad no es anexionable a él, por ser de naturaleza y finalidad distinta, se crea de nuevo. La voluntad contraria del Superior por la que se concede *mediante ley* alguna jurisdicción, mas sólo en forma de comisión personal, aunque universal y permanente, no se presume. Pero, si ciertamente existiese dicha voluntad, debe admitirse su valor, al menos en cuanto a los *efectos jurídicos*, que serán los que normalmente acompañan a la potestad delegada, no a la ordinaria (74). Decimos: *al menos en cuanto a los efectos jurídicos*, porque, realmente, aun en este caso, la jurisdicción, por su intrínseca naturaleza, creemos que es ordinaria, ya que la ley, al conferir la jurisdicción, crea *ipso facto* el oficio.

Delimitado así el ámbito de la cuestión y fijado su propio sentido, tornemos al problema central que en esta última parte discutimos, *la existencia de la delegación «a iure» dentro del mismo Código*, no su existencia o posibilidad en leyes posteriores, aunque las dos cuestiones se interfieren no pocas veces y algunos de los argumentos que se aducen

(73) ROBERTI: *De processibus*, vol. I, n. 142, II, 5.

(74) Cfr. L. RODRIGO: *Praelectiones Theologico-Morales*, n. 49, nota 13.

para resolver la primera cuestión de hecho rozan bastante y aun prejuzgan la cuestión abstracta de Derecho, una vez prefijadas las actuales nociones canónicas de potestad ordinaria y delegada.

1.º *Sentencia afirmativa*.—Después del Código, una gran mayoría de autores, siguiendo las huellas de los antiguos canonistas, defiende la pervivencia en el mismo Código de la *delegación «a iure»*, aunque discrepan entre sí al enumerar los casos de dicha delegación, así como también al buscar la fundamentación racional de su doctrina.

La sentencia favorable a la admisión en el Código de la *delegación «a iure»* se propone bajo dos formas: unos admiten, como posible o como necesaria, la delegación *a iure*, tanto a favor de los que poseen un oficio como de los que no lo poseen, mientras que otros sólo la admiten respecto de los que carecen de oficio.

Los que conceden la delegación *a iure* a quienes poseen un oficio parten del concepto y ámbito propios de cada oficio, los cuales deben estar en armonía y supeditarse al fin general propio de cada uno de los oficios. Todo aquello que no puede ordenarse al fin de cada oficio o no está de acuerdo con su propia naturaleza no puede formar parte de ese oficio y tiene que ser algo superpuesto, es decir, algo que más que inherente al oficio va encomendado a la persona que posee el oficio, en otros términos, una facultad delegada que, si lo es por ley, como sucede con las facultades otorgadas por el Código, será delegada *a iure*. Los principales casos que se alegan de delegación *a iure* en esta primera forma son los siguientes: cánones 81; 83; 309, § 4; 476, § 6; 822, § 4; 899, § 3; 990, § 1; 1.043-1.045; 1.245, § 1; 1.368; 1.402, § 1; 1.603, § 2; 2.237. Ya queda indicado que los autores difieren algún tanto entre sí en la citación de los cánones. Entre los autores que defienden esta sentencia pueden citarse: WERNZ-VIDAL, MAROTO, REGATILLO, CAVIGLIOLI, STOCCHIERO (75).

Esta primera teoría adolece de dos defectos principales. El primero es la dificultad de conocer, precisar y coordinar la naturaleza, fin y ámbito de cada oficio. Cierto que no podemos imaginar la existencia de un oficio monstruoso, con fines y medios contrarios entre sí. Pero podemos descubrir en cada oficio eclesiástico un fin suficientemente alto y general para comprender en él una gran variedad de facultades, es decir, de medios tendentes a la consecución del fin, sean estos medios principales o secundarios, sean exclusivos de ese oficio o comunes a varios y aun tal

(75) WERNZ-VIDAL: *Ius Canonicum, De personis*, n. 366; MAROTO: *Institutiones Iuris Can.*, nn. 699, 10, y 705, B; REGATILLO: *Institutiones I. C.*, vol. I, n. 358; CAVIGLIOLI: *Manuale di Diritto can.*, p. 233; STOCCHIERO: *De iurisdictione vicariorum parocchialium*, "Ius Pontificium", XI (1931), pp. 149-150.

vez más propios de otro oficio. El hecho mismo de que el Código atribuya a un oficio o simplemente a una persona diversas facultades significa y prueba que esas facultades no son antagónicas entre sí ni van contra el fin a que se ordena el oficio de que la persona está investida, sino que conducen a la mejor realización del fin.

El segundo defecto de la teoría que ahora examinamos es más grave todavía. Consiste en suponer que entre las diversas leyes esparcidas en el Código que van modelando un mismo oficio, unas lo constituyen y otras no, como si unas fueran orgánicas y otras sólo complementarias o transitorias. No es así, sino que las leyes canónicas tienen todas, jurídicamente, la misma categoría y el mismo valor. Todas cooperan a la formación del oficio, porque la estructura del oficio eclesiástico, salvo el derecho divino, depende de la ley canónica. Sólo habría de exceptuarse, al menos en cuanto a los efectos jurídicos, el caso en que la ley canónica claramente expresase que la facultad se concede con carácter de delegada.

Los autores que admiten en el Código la *delegación «a iure»* concedida a quienes poseen un oficio, con mayoría de razón la deben admitir en los casos en que la jurisdicción se da a quienes *carecen de oficio eclesiástico*.

Hay otros autores que afirman la existencia en el Código de la *delegación «a iure»*, pero en forma más restringida. Reconocen estos autores la debilidad de la posición anterior, o sea, la teoría que afirma existir en el Código la delegación *a iure* concedida a quien posee un oficio. Por esta causa juzgan que toda potestad concedida por el Código al titular de un oficio viene a formar parte del mismo oficio y, consiguientemente, es ordinaria. Sostienen, por el contrario, que la potestad concedida por el Código a quien *carece de oficio* tiene que ser *delegada «a iure»*, coincidiendo en este punto con los propugnadores de la primera sentencia. Los casos principales de delegación *a iure* que se citan en esta segunda hipótesis son los siguientes: cánones 209; 468, § 2; 518, § 1; 522; 523; 881-883; 899, § 3; 990, § 2; 1.044; 1.045, § 3; 2.247, § 3; 2.253, 1.º; 2.254, §§ 1, 3; 2.290. Son partidarios de esta última sentencia VERMEERSCH, CORONATA, CAPPELLO, CLAEYS-SIMENON, VIDAL (76).

Contra los que propugnan la existencia de la *delegación «a iure»* siempre que el Código concede una potestad jurisdiccional a quien *carece de oficio*, puede argumentarse partiendo de lo que ellos mismos admiten. Si

(76) VERMEERSCH: *Építome Iuris Can.*, ed. 6, n. 314, 3; CORONATA: *Institutiones I. C.*, ed. 3, n. 285, 2.º, 3.º; CAPPELLO: *Summa Iuris Can.*, I, n. 254, 3, nota 3; CLAEYS-SIMENON: *Manuale Iuris Can.*, n. 354; WERNZ-VIDAL: *Ius. Can.*, II, *De personis*, n. 366.

es cierto, según ellos reconocen, que las leyes canónicas dadas a favor de quien posee ya un oficio producen inmediatamente el efecto de ampliar y completar el oficio, anexionándole una nueva facultad, ¿por qué otra ley también canónica, impuesta a quien carecía de oficio, no ha de producir el mismo efecto, ya que, jurídicamente, lo mismo se requiere para ampliar un oficio que para crearlo de nuevo? La ampliación de un oficio no es otra cosa que una creación parcial y superpuesta. Por tanto, dondequiera que haya una ley canónica otorgando establemente potestad de jurisdicción, allí aparece un oficio nuevo o la prolongación de otro ya existente. No es, pues, lógica la posición de quienes, admitiendo que toda potestad concedida por el Código a quienes poseen un oficio es ordinaria, niegan este mismo carácter a la jurisdicción otorgada por el Código a quienes carecían de oficio. Después veremos las razones directas que se oponen, en todo caso, a la existencia de la delegación «*a iure*» en el Código.

2.º *Sentencia negativa*.—Son ya varios los canonistas que se han declarado *en contra de la delegación «a iure» en el Código de Derecho Canónico*, y algunos de ellos lo han hecho en estudios especiales, donde con toda ponderación se han examinado los argumentos en favor y en contra de la solución negativa (77). Nosotros nos adherimos a la opinión que niega la existencia de la delegación *a iure* en el Código, no sin haber pasado por un estado de perplejidad, en el que más de una vez nos sentíamos inclinados hacia la sentencia afirmativa y tradicional. Para que el lector pueda juzgar por sí mismo, damos a continuación, resumidos, los argumentos principales que los defensores de la sentencia negativa han ido elaborando y cuya fuerza nos parece mayor que la de los aducidos comúnmente a favor de la permanencia en el Código de la delegación *a iure*.

Primeramente, la *evolución* ya iniciada en el Derecho romano, en el que la delegación *a iure* o *specialiter tributa* fué poco a poco transformándose hasta convertirse en jurisdicción ordinaria. La evolución se ha completado en el Derecho civil moderno, donde no sólo ha desaparecido la delegación *a iure*, sino que apenas queda rastro de la delegación *ab homine*. El Derecho canónico no ha podido avanzar hasta el mismo extremo, porque su especial naturaleza y las gravísimas y urgentes necesidades espirituales a las que debe subvenir hacen necesaria la facultad de delegación. Por esto se mantiene la delegación *ab homine*. Pero la natural evolución del instituto jurídico que estudiamos no es de extrañar que

(77) ROBERTI, que es uno de los partidarios de la sentencia negativa, cita en favor de ella (o. c., p. 418, nota 1) a los siguientes autores: STUTZ, HILLJG, CLAEYS-SIMENON, CRUSCI y BLAT.

se dejase sentir parcialmente en la redacción de nuestro Código, desprendiéndose de él la *delegación «a iure»*, en favor de la cual no militan las razones o conveniencias que acabamos de apuntar y de la que apenas queda algún que otro levísimo vestigio literal.

No puede desconocerse o rechazarse, sin más, la fuerza probatoria que tiene otro argumento deducido del *silencio* del Código respecto de la *delegación «a iure»*, y aun creo que este argumento no ha sido convenientemente desarrollado, por no haberse puesto de relieve las incongruencias a que este silencio llevaría, de admitirse la delegación *a iure*. Ciertamente que no es incumbencia del legislador dar definiciones y divisiones —lo cual se deja para los que profesan la ciencia jurídica—, sin embargo, nuestro Código las da o sugiere con harta frecuencia, como aparece en esta misma materia de la potestad ordinaria y delegada (cáns. 196 ss.). Y por esto mismo es significativo que no se aluda siquiera a una cuestión tan debatida como la distinción entre potestad *a iure* y *ab homine*. Lo más grave y sintomático es que no se menciona la potestad *delegada «a iure»* cuando debiera hacerse referencia a ella para que la prescripción canónica adquiriera verdadero y pleno sentido. Así, por ejemplo, en el canon 200, § 1, se dice que «la potestad de jurisdicción ordinaria y la delegada para todos los asuntos se ha de interpretar en sentido amplio, y cualquiera otra en sentido estricto». Según esto, de existir la *delegación «a iure»*, siempre que ésta no se diese para todos los asuntos habría de interpretarse *estrictamente*; lo cual no parece justificado, porque la ley que concede una potestad delegada no contiene una excepción de otra ley, sino un privilegio *praeter ius* y favorable al bien común (cáns. 19, 66). En el § 2 del mismo canon 200 se dice: «A quien afirma ser delegado, le incumbe el deber de probar la delegación». Como aquí no se distingue entre delegación *a iure* y *ab homine*, esta prescripción debería aplicarse a ambas; pero se comprende que el deber de probar la delegación concedida por ley es superfluo, ya que la ignorancia de la ley generalmente no se presume (can. 16). Esto indica que el legislador no pensó en la existencia de la *delegación «a iure»*. Más elocuente es todavía el silencio del canon 207, § 1, respecto de la delegación *a iure*. En este canon se habla de la cesación de la potestad delegada, pero de tal forma que, o nada se dice de la cesación de la delegación *a iure*, o, si a ella se aplican las palabras del Código, hay que dar a estas palabras un sentido del todo incongruente. Nueva prueba de que el Código ha prescindido ya de la delegación *a iure* y sólo intenta referirse a la delegación *ab homine*.

El tercer argumento contra la delegación *a iure* se deduce del *concepto mismo de oficio eclesiástico*. Ateniéndonos al canon 145, puede afirmarse que cuando existe potestad de jurisdicción concedida por ley, o sea, en forma objetivamente estable, hay un oficio eclesiástico, sea pontificio, sea episcopal, y la potestad que integra dicho oficio es ordinaria; lo cual equivale a decir que actualmente, según el Código, la llamada potestad *a iure* es simplemente *ordinaria*, salvo declaración manifiesta del Superior, en el sentido ya anteriormente explicado. El Código, en realidad, no hace nunca tal declaración, a pesar de que usa algunas fórmulas de significado ambiguo y que, literalmente interpretadas, podría parecer que envuelven una delegación *a iure*. Citamos tres casos. El primero hállese en el canon 1.603, § 2, en el que se dice que la Signatura Apostólica examina con potestad delegada las peticiones que, mediante libelos suplicatorios, hacen los litigantes al Padre Santo para que encomiende su causa a la Sagrada Rota. Sobre este canon ha observado ya el ilustre profesor ROBERTI (l. c., n. 148, II, 1) que en la facultad de *examinar* se comprenden varios actos, como los de recibir las peticiones, estudiarlas y redactar el voto, todas las cuales son facultades ordinarias. La *decisión* sobre admitir o no las peticiones está reservada al Romano Pontífice, quien la expide y comunica por medio de la Signatura, no en virtud de la prescripción canónica, sino de una comisión personal dada por el mismo Romano Pontífice en cada caso, o sea, con delegación *ab homine* que es el acto específico al que se refiere el canon. Esto último es lo que ocurre exactamente con los *jueces sinodales* (can. 1.574, § 1). Juzgan, dice el Código, con potestad delegada por el Obispo, es decir, con potestad dada para cada caso mediante un acto particular del Obispo, lo cual no es más que una delegación *ab homine*.

Donde parecería descubrirse un caso claro de *delegación «a iure»* es en el canon 309, § 4, al hablar del sustituto temporal del Vicario y Prefecto Apostólico, cuando ni ellos mismos ni los Provicarios designaron sucesor para el tiempo de la vacante o del impedimento. Entonces el sucesor interino es designado *a iure* con el nombre de administrador, y desempeña este oficio el más *antiguo* en el Vicariato o Prefectura, o bien, si hay varios en la misma situación, el más antiguo en el sacerdocio. Este administrador interino, dice el canon citado, *censeatur delegatus a Sancta Sede*, y añade el canon 310, § 2, que goza de todas las facultades ordinarias y delegadas propias del Vicario o Prefecto, a excepción de las que se les hubiesen concedido en atención a sus cualidades personales. Bien examinado este caso y ateniéndonos a los conceptos más que a las palabras,

nos hallamos ante un ejemplo típico de potestad *ordinaria vicaria* aneja a un oficio y concedida por ley, que igualmente puede ejercer el Vicario que el Pro-vicario o el Administrador. Es el mismo caso del Vicario parroquial llamado ecónomo. Y no obsta a lo dicho el que nuestro Código hable de Delegado de la Santa Sede. Esta cláusula no es sino un vestigio meramente literal de la antigua legislación y doctrina canónicas, que en este caso ni produce particulares efectos ni cambia concepto alguno.

Con lo dicho damos cima a nuestro prolijo estudio sobre el *concepto* de potestad *ordinaria* y *delegada*, junto con nuestra modesta opinión acerca de las múltiples cuestiones que giran en torno de este fundamental concepto, verdadero eje de todo el sistema jurídico. Más que nuestra particular opinión interesará a los que lean, con algún detenimiento, el presente trabajo, la acumulación y ordenación de tantos materiales históricos, dispersos por las diversas épocas, los cuales quedan a disposición de otros más diestros artífices de la ciencia jurídica, quienes podrán revisarlos o construir con los mismos teorías científicas más perfectas y aun tal vez distintas de las conclusiones a que nosotros hemos podido llegar.

MARCELINO CABREROS DE ANTA, C. M. F.
Catedrático de Derecho en la Universidad Pontificia de Salamanca.